

Inhaltsgrenzen für Allgemeine Geschäftsbedingungen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Hansjörg Weber
Gerichtsreferendar aus Kassel

Marburg 1966

Inhaltsgrenzen für Allgemeine Geschäftsbedingungen



Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Hansjörg Weber

Gerichtsreferendar aus Kassel

Marburg 1966



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am : 7. Juli 1966

Berichterstatter : Professor Dr. Henrich

Mitberichterstatter : Professor Dr. Dr. Schwarz

Tag der mündlichen Prüfung : 12. Juli 1966

Inhaltsübersicht

	Seite
Einleitung	1
I. Bedeutung und Problematik der AGB	1
II. Aufgabe und Weg der Darstellung	1
A. Grundlagen	2
I. Rechtsnatur der AGB	2
II. Wirksamwerden der AGB	9
III. Massenvertrag-Individualvertrag	14
1. Begriff des "Massenvertrages"	15
a) Inhalt generell bestimmt	15
b) AGB praktisch unabdingbar	16
c) Abschluß in großer Serie	17
d) "Unterwerfung"	18
e) Entpersönlichung	19
f) Sozialstaatsprinzip	20
g) Ergebnis	20
2. Folgerungen	21
B. Ältere Rechtsprechung und Lehre zur Nichtigkeit von AGB kritisch betrachtet	22
I. § 138 I BGB (Gute Sitten)	22
II. §§ 133, 157 BGB (Auslegung)	25
III. § 242 BGB (Treu und Glauben)	27
1. Geltendmachung untersagt	27

	Seite
2. **Unterwerfung** beschränkt	29
a) auf übliche und gewöhnliche Klauseln	30
b) auf Klauseln, mit denen der Kunde billiger - und gerechterweise rechnen muß	31
c) auf billige und angemessene Klauseln	32
C. Neuere Lösungsversuche kritisch betrachtet	33
I. Allgemeines. Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt	33
II. Gemeinschaftsschädigender Gebrauch	34
III. Art. 20, 28 GG (Sozialstaatsprinzip)	35
1. Allgemeininteresse an AGB	37
2. AGB als normative Rechtsordnung	38
3. Soziale Macht	38
4. Sozialstaatsprinzip als Lösung	39
a) Der Begriff **sozial**	39
b) Der Begriff **Sozialstaat**	40
c) Der Begriff **Sozialstaatsprinzip**	44
5. Drittwirkung	45
a) Möglichkeiten der Drittwirkung	46
b) Stellungnahme	47
c) Drittwirkung und Normqualität der AGB	48
6. Sozialstaatsprinzip und AGB	48
IV. § 242 BGB (Billigkeit)	49
1. Wortlaut	51

	Seite
2. Grundsatz	52
3. Billigkeit als Inhaltsschranke	52
V. § 315 BGB (Billigkeit)	53
1. Grenze der Privatautonomie	54
2. Sachverhalt bei AGB-Verträgen und bei § 315 BGB	56
3. Interessenlage bei AGB-Verträgen und bei § 315 BGB	57
VI. Dispositives Recht	58
1. als Schranke für die Vertragsfreiheit	58
a) Ordnungsfunktion	58
b) Rechtfertigung für Abweichung	59
c) Ersetzung des § 138 BGB	60
d) Anwendung auf AGB	61
2. als Maßstab für die Billigkeit	62
VII. Exkurs	63
1. LG Ravensburg	63
2. OLG Hamburg	66
VIII. Lösungsvorschläge de lege ferenda	67
D. Zwischenergebnis	69
E. Eigene Lösung	70
I. Ausgangspunkt : Vertragsfreiheit	70
II. Grenzen für den Inhalt von AGB-Verträgen	70

	Seite
1. Billigkeit	70
2. Gesetz	71
III. Nutzbarmachung des § 138 I BGB für unser Problem	72
1. Begriff der "guten Sitten"	72
a) Herrschende Auffassung	72
b) Andere Maßstäbe	77
c) Richtige Auffassung	78
2. Neue Formel für AGB-Verträge	79
a) "Gute Sitten" und Sittlichkeit	79
b) Anknüpfungspunkt : Formel des RG	82
c) Weiterentwicklung	82
d) Neue Formel	83
e) Maßstäbe	84
f) Ermittlung des Verstoßes gegen § 138 I BGB	86
aa) konkret-abstrakt	86
bb) Eine, mehrere, alle Klauseln	87
g) Beispiel	87
IV. Folgerungen	90
1. Auslegung	90
2. Teilnichtigkeit	91
3. Revisibilität	94
F. Schlußbemerkung	96

Literaturverzeichnis

- Abendroth Zum Begriff des demokratischen und sozialen
Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik
Deutschland
Bergstraesser-Festschrift S. 279 ff
Düsseldorf 1954
- Arzt Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden
Diss. Tübingen 1962
- Bachof Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates
VVDStRL 12, 37 ff
- Ballerstedt Kartellverbot und Einzelvertrag
JZ 56, 267 ff
- Bernhardt Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechts-
normen
DR 42, 1171 ff
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz
Hamburg Stand : Mai 1965
- Brandner Die Umstände des einzelnen Falles bei der Aus-
legung und Beurteilung von allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen
AcP 162, 237 ff
- Brandt Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das
sogenannte dispositive Recht
DRW 40, 76 ff
- Breithaupt Die guten Sitten
JZ 64, 283 ff
- v. Brunn Die formularmäßigen Bedingungen der deutschen
Wirtschaft
2. Auflage Köln, Berlin 1956
zit. aaO.
- v. Brunn Über unlautere Geschäftsbedingungen
AcP 159, 547 ff.

- | | |
|----------------------|--|
| v. Caemmerer | Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof
JZ 53, 97 ff |
| Clauß | Zur Auslegung unklarer Allgemeiner Geschäftsbedingungen NJW 54, 905 ff |
| Dersch-Volkmar | Arbeitsgerichtsgesetz - Kommentar
6. Aufl. Berlin und Frankfurt 1955 |
| Dilcher | Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen
NJW 60, 1040 ff |
| Droste | Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Betrieb Beilage Nr. 10/57 |
| Dürig | Buchbesprechung AöR 79, 254 ff |
| Eilles | Gedanken zur Auslegung und Anwendung subjektiven Privatrechts
ZZP 62, 1 ff. |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Lehrbuch
I. Halbband 15. Aufl. Tübingen 1959
II. Halbband 15. Aufl. Tübingen 1960 |
| Erman | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
2. Aufl. Münster 1958 |
| Esser | Schuldrecht
2. Aufl. Karlsruhe 1960 |
| Etzler | Der Geltungsgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen
Diss. Göttingen 1961 |
| Evers | Zum unkritischen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart
JZ 61, 241 ff |
| Fechner | Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat
Tübingen 1953 |

- | | |
|-------------|--|
| Fechner | Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht
RdA 55, 161 ff |
| Fikentscher | Sind die Allgemeinen Deutschen Spediteur-
bedingungen abdingbar ?
BB 61, 297 ff |
| Fischer | Die Allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedin-
gungen
BB 57, 481 |
| Fischer | Buchbesprechung
Zfdg Handelsrecht und Wirtschaftsrecht Bd. 125
(1963), 202 ff |
| Flume | Rechtsgeschäft und Privatautonomie
Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des
Deutschen Juristentages Band I S. 135 ff
Karlsruhe 1960
zit. DJT-Festschr. Bd. I |
| Flume | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
2. Bd. Das Rechtsgeschäft
Berlin Heidelberg New York 1965 |
| Forstthoff | Verfassungsprobleme des Sozialstaates
Münster 1954 |
| Forstthoff | Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates
VVDStRL 12, 8 ff |
| Forstthoff | Die Bindung an Gesetz und Recht
(Art. 20 Abs. 3 GG)
DöV 59, 41 ff |
| Fröhlich | Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht
Diss. Zürich 1922 |
| Gallois | Die wachsende Bedeutung der Verkehrssitte und
ihre Einwirkung auf nachgiebiges Recht
NJW 54, 293 ff |
| Gallois | Handelsbräuche, Gewohnheitsrecht und allge-
meine Geschäftsbedingungen im Rechtsleben
JR 56, 45 ff |

Gerber	Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes AöR 81 (1956), 1 ff
Grewe	Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes DRZ 49, 349 ff
Grewe	Der Begriff des "sozialen Staates" in der deutschen Verfassungswirklichkeit Der Arbeitgeber 51, 39 ff
Haberkorn	Zum Wirksamwerden allgemeiner Liefer- bedingungen MDR 61, 818 ff
Hamel	Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat Berlin 1957
Haupt	Vertragsfreiheit und Gesetz ZAkDR 43, 84 ff
Hecklinger	Die normative Kraft der grundgesetzlichen Sozialstaatsklausel in ihrer Bedeutung für das moderne Arbeitsrecht Diss. Freiburg 1960
Heidegger	Was heißt Denken ? Tübingen 1954
Heidegger	Der Satz vom Grund Pfullingen 1957
Helm	Die Ausdehnung des Schutzbereichs allgemei- ner Geschäftsbedingungen auf die Haftung der Arbeitnehmer AcP 161, 516 ff
Helm	Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag JuS 65, 121 ff
Herschel	Urteilsanmerkung DR 41, 1727 f

Herschel	Die Vertragsordnung als Rechtsnorm DR 42, 753 ff
Herschel-Steinmann	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz 5. Auflage Heidelberg 1961
Hildebrandt, Heinz	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen AcP 143, 326 ff
Hildebrandt, Wolfgang	Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen JR 55, 325 ff
Huber	Wirtschaftsverwaltungsrecht I. Band 2. Aufl. Tübingen 1953 II. Band 2. Aufl. Tübingen 1954
Hueck	Normenverträge JheringsJb 73, 33 ff
Hueck	Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz 5. Aufl. München und Berlin 1965
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts I. Band 7. Aufl. Berlin und Frankfurt 1963 II. Band 6. Aufl. Berlin und Frankfurt 1957
Hueck-Nipperdey- Stahlhacke	Kommentar zum Tarifvertragsgesetz 4. Aufl. München und Berlin 1964
Hunn und Vielhaber	Massenänderungskündigung und Anzeigepflicht nach dem Kündigungsschutzgesetz BB 53, 507 f
Hurst	Inwieweit kann Gesetzesrecht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden ? Diss. Köln 1958
Ipsen	Das Grundgesetz in seiner Vorläufigkeit Recht, Staat, Wirtschaft II. Bd. S. 182 ff Stuttgart und Köln 1950
Ipsen	Über das Grundgesetz Hamburger Universitätsreden Bd. 9 1950

- Isele Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
JuS 61, 308 ff
- Kaufmann Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart
JZ 63, 137 ff
- Kersting Urteilsanmerkung
DR 42, 1213 ff.
- Klein Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat
Zfdg Staatswissenschaft 106, 390 ff.
- Kraft Interessenabwägung und gute Sitten
München und Berlin 1963
- Krause Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen
BB 52, 996 ff.
- Krause Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates
BB 55, 265 ff.
- Krüger Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung
DVBl. 51, 363 ff
- Krüger Staatliche Gesetzgebung und wirtschaftliche Rechtsetzung
RdA 1957, 201 ff.
- Kunze Das Verhältnis des dispositiven Gesetzesrechts zum Tarifvertrag
Das Arbeitsrecht der Gegenwart
Bd. 1 S. 119 ff. Berlin 1964
- Lange Vom alten zum neuen Schuldrecht
Hamburg 1934
- Lappe Die Teilnichtigkeit des gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäfts
Diss. Münster 1950

- | | |
|-------------------|--|
| Larenz | Lehrbuch des Schuldrechts
I. Bd. 7. Aufl. München und Berlin 1964 |
| Laufke | Vertragsfreiheit und Grundgesetz
Lehmann-Festschrift I, S. 145 ff.
Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956 |
| Lehmann | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetz-
buches
14. Aufl. Berlin 1963 |
| Leisner | Grundrechte und Privatrecht
München und Berlin MCMLX |
| Lintz | Richterliche Kontrolle allgemeiner Ge-
schäftsbedingungen
WM 65, 30 ff, teilweise abgedruckt in
BB 65, 172 |
| Lobe | Der Begriff der guten Sitten in BGB § 826 und
UWGes. § 1
Gruchot 72 (1932), 145 ff |
| Lorenz | Buchbesprechung von Simitis
AcP 160, 426 ff |
| Lukes | Gedanken zur Begrenzung des Inhalts
Allgemeiner Geschäftsbedingungen
Festschrift für Alfred Hueck
München und Berlin 1959 S. 459 ff |
| Lukes | Grundprobleme der Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen
JuS 61, 301 ff |
| Lukes | § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhalts-
kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen
NJW 63, 1897 ff |
| v. Mangoldt-Klein | Das Bonner Grundgesetz-Kommentar
I. Bd. 2. Auflage Berlin und Frankfurt 1957 |

- Malzer Die Grenzen der Freizeichnung in Lieferverträgen
unter besonderer Berücksichtigung der öffentlichen
Versorgung mit Elektrizität und Gas
BB 58, 140 ff
- Maunz-Dürig Grundgesetz-Kommentar
München und Berlin 1963
- Maus Tarifvertragsgesetz-Kommentar
Göttingen 1956
- Meeske Die "Unterwerfung" unter Allgemeine Geschäfts-
bedingungen
BB 59, 857 ff
- Meissinger Reliefbild des Arbeitsrechts
München, Düsseldorf 1952
- Menger Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner
Grundgesetz
Tübingen 1953
- Mestmäcker Über die normative Kraft privatrechtlicher
Verträge
JZ 64, 441 ff
- Meyer-Cording Gute Sitten und ethischer Gehalt des
Wettbewerbsrechts
JZ 64, 273 ff
- Meyer-Ladewig Über soziale Gerechtigkeit in unserer
Rechtsordnung
MDR 63, 724 ff
- Michel Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen
als Vertragsbestandteil
Tübingen 1932
- Molitor Die Kündigung
2. Aufl. Mannheim 1951
- Mroch Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbe-
dingungen
Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche
Abhandlungen Band 12
Karlsruhe 1960

- Müller Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des BAG
Betrieb 56, 524 ff, 549 ff
- Nastelski Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen
DRZ 55, 212 ff
- Neumann Vereinbarung von Preis- und Vertriebsbedingungen in allgemeinen Lieferbedingungen
BB 57, 1199 f.
- Nikisch Arbeitsrecht, Lehrbuch
I. Bd. 3. Aufl. Tübingen 1961
II. Bd. 2. Aufl. Tübingen 1959
- Nikisch Streitfragen bei der Behandlung von Massenentlassungen
Betrieb 60, 1274 ff
- Nipperdey Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts
DRZ 50, 193 ff
- Nipperdey Grundrechte und Privatrecht
Kölner Universitätsreden Heft 24
Krefeld 1961
- Nörr Die Rechtsnatur der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Diss. München 1954
- v. Nottbeck Über die Grenzen der Freizeichnung in allgemeinen Lieferungsbedingungen
Diss. Göttingen 1960
- Pagenstecher Sittenwidrige Lieferungsbedingungen
Marburg a. d. Lahn 1943
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch
25. Aufl. München u. Berlin 1966
- Prost Staatliche Einflußnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen
BB 55, 1033 ff

- | | |
|-------------|---|
| Raiser | Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen
Bad Homburg v.d.H. 1935 |
| Raiser | Vertragsfreiheit heute
JZ 58, 1 ff |
| Raiser | Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit
Festschrift zum 100jährigen Bestehen des
Deutschen Juristentages
I. Bd. S. 101 ff
Karlsruhe 1960 |
| Reimers | Die Bedeutung der Grundrechte für das Privat-
recht
Veröffentlichungen der Gesellschaft Hamburger
Juristen Heft 5 |
| Reinhardt | Die Vereinigung subjektiver und objektiver
Gestaltungskräfte im Verträge
Festschrift für Schmidt-Rimpler S. 155 ff
Karlsruhe 1957 |
| Reinhardt | Privates Unternehmen und öffentliches Interesse
Festschrift für Hueck S. 439 ff München und
Berlin 1959 |
| Reuss-Jantz | Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit
Stuttgart 1960 |
| Ridder | Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerk-
schaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz
für die Bundesrepublik Deutschland
Arbeits- und Sozialrechtliche Studien Heft 2
Stuttgart 1960 |
| Röhl | Die Problematik der sozialen Grundrechte in
unserem Staat
DVBl. 55, 182 f |
| Sandrock | Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei
der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften
AcP 159, 481 ff |

Scheuner	Grundlagen des modernen Staates Recht, Staat, Wirtschaft II, 126 ff Düsseldorf 1951
Schneider	Beschränkung von Gewährleistungsrechten in Allgemeinen Lieferungsbedingungen NJW 1954, 133 ff
Schoreit	Zwingendes Recht gegen "Allgemeine Geschäfts- bedingungen" MDR 64, 206 f
Siebert	Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung Marburg 1934
Siebert	Einige Entwicklungstendenzen im neueren Individualarbeitsrecht RdA 58, 365 ff
Sieg	Der Tarifvertrag im Blickpunkt der Dogmatik des Zivilrechts AcP 151, 246 ff
Simitis	Gute Sitten und ordre public Marburg 1960 Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Reihe A Bd. 4
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch I. Bd. 9. Aufl. Stuttgart 1959 III. Bd. 9. Aufl. Stuttgart 1960
Staatslexikon	Herausgegeben von der Görres-Gesellschaft 6. Aufl. Freiburg 1960
v. Staudinger-Coing	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Bd. Allgemeiner Teil 11. Aufl. Berlin 1957
v. Staudinger-Weber	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II. Bd. Teil 1 b § 242 11. Auflage Berlin 1961
Thamm	Wirkung des Schweigens auf kaufmännische Auftragsbestätigungen hinsichtlich Geschäfts- bedingungen BB 64, 910 f

Veith	Aus der Praxis der Allgemeinen Geschäftsbedingungen MDR 64, 907 f
Weinkauff	Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes NJW 60, 1689 ff
Weisel	Der Sozialstaatsgrundsatz des Bonner Grundgesetzes Diss. Marburg 1960
Werner	Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung AöR 81 (1956), 84 ff
Westermann	Objektivierung der allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Umwandlung in objektives Recht NJW 63, 1586 ff
Wieacker	Rechtsprechung und Sittengesetz JZ 61, 337 ff
Wieneke	Die Freizeichnungsklausel Diss. Köln 1936
Wittkämper	Sozialbindung schuldrechtlicher Verträge im Wirtschaftsrecht ? Betrieb 64, 687 ff
Wolff	Verwaltungsrecht I, Bd. 6. Auflage München und Berlin 1965
Würdinger	Allgemeine Geschäftsbedingungen im Lichte der Dekartellierungsbestimmungen MDR 52, 129 ff

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADSp	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Betrieb	Der Betrieb
D	Digesten
Diss.	Dissertation
DR	Deutsches Recht
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
JheringsJb.	Jherings Jahrbücher
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KüSchG	Kündigungsschutzgesetz
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RdA	Recht der Arbeit

TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZZP	Zeitschrift für (Deutschen) Zivilprozeß

EINLEITUNG

I. Bedeutung und Problematik der AGB

Über die große Bedeutung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im heutigen Rechts- und Wirtschaftsleben kann kein Zweifel bestehen. AGB finden in immer neuen Branchen Verwendung und erlangen so einen immer weiteren Wirkungsbereich und damit zugleich eine gesteigerte rechtliche Bedeutung.

Mit dieser Entwicklung hält die wissenschaftliche Klärung der durch die AGB aufgeworfenen Probleme kaum Schritt.

II. Aufgabe und Weg der Darstellung

Aufgabe dieser Untersuchung kann nur die neuerliche Durchdringung eines Teilproblems aus dem Recht der AGB sein. Es sollen die Geltungsgrenzen für den Inhalt von AGB bestimmt werden. Der Inhalt der AGB entspricht nicht immer dem Gerechtigkeitsempfinden des Bürgers. Es werden einzelne oder alle Klauseln in AGB als unangemessen, untragbar, unlauter, unbillig, unsittlich, sittenwidrig oder unanständig bezeichnet und ihre Nichtigkeit gefordert. Um eine einheitliche Terminologie zu verwenden, fassen wir bis zur eigenen Lösung diese Formulierungen zusammen und sprechen nur von "unbilligen" Klauseln.

Zunächst sind die bisher in Rechtsprechung und Lehre verwandten und vorgeschlagenen Maßstäbe für eine Inhaltsbegrenzung der AGB kritisch zu untersuchen. Dabei kann die Darstellung der älteren Lösungsversuche knapp gehalten werden, weil diese bereits mehrfach behandelt worden sind,

A. GRUNDLAGEN

Seit dem Aufkommen der AGB stehen ihnen Rechtsprechung und Rechtslehre fast hilflos gegenüber, weil schon die Grundlagen ihrer rechtlichen Qualifizierung umstritten und unklar sind. Daher erweist es sich als unumgänglich, dieser Untersuchung eine kurze Darlegung der für richtig gehaltenen Ausgangsposition voranzustellen. Dabei ist zunächst die Rechtsnatur der AGB zu klären, weil sie das Ergebnis unserer Untersuchung entscheidend beinflusst (I.). Sodann ist auf das Wirksamwerden der AGB einzugehen, weil nur wirksame AGB auf ihren Inhalt hin untersucht werden können (II.). Schließlich ist zu prüfen, ob ein Unterschied zwischen einem Individualvertrag und einem AGB-Vertrag besteht, weil eine Reihe von Lösungsvorschlägen auf dieser Unterscheidung aufbaut (III.).

I. Rechtsnatur der AGB

Bis zum Urteil des RG vom 31.1.1941 (1) war der Abschluß von Verträgen, denen AGB zugrundegelegt wurden (im Folgenden AGB-Verträge genannt), ohne Bedenken (2) als Rechtsgeschäft betrachtet worden. In der angeführten Entscheidung brachte das RG jedoch zum Ausdruck, daß in solchen Fällen kaum noch eine echte vertragliche Vereinbarung vorliege, sondern viel eher von einer Unterwerfung des Kunden unter eine fertig bereitliegende Rechtsordnung gesprochen werden könne (3). Damit wurde die Frage nach der Rechtsnatur der AGB gestellt, deren Beantwortung insbesondere für die rechtliche Behandlung der AGB (z.B. für ihre Auslegung und ihre Geltungsgrenzen) von entscheidender Bedeutung ist. Die Stellungnahmen zu der aufgeworfenen Problematik verwirrten aber meist mehr als daß sie klärten (4).

(1) DR 41, 1210 ff.

(2) Meeske BB 59, 857

(3) Vgl. dazu Nörr Diss. S. 16; Meeske BB 59, 857

(4) Vgl. Meeske BB 59, 857 m.w.N. in Anm. 8

Zwar haben nur wenige (1) die extreme Meinung vertreten, die AGB seien echte Rechtsnormen, die durch einen rechtsgeschäftlichen Unterwerfungsakt zu einem auf den Vertrag anwendbaren materiellen Gesetz würden, aber selbst der BGH (2) hat mißverständlich von der "Rechtsordnung" der AGB und ihrer "normativen Geltung" gesprochen, so daß er später (3) ausdrücklich feststellen mußte, daß die AGB keine Rechtsnormen sind.

Es ist im Rahmen dieser Arbeit weder möglich, auf die Widersprüche in der Rechtsprechung des BGH einzugehen (4), noch die "Normenlehre" (5) im einzelnen zu widerlegen. Es muß daher genügen, auf die insoweit (6) überzeugende Arbeit von Nörr (7) hinzuweisen.

Es wird aber ein Hauptanliegen dieser Untersuchung sein aufzuzeigen, daß nahezu alle Irrwege, die beim Abstecken der Geltungsgrenzen der AGB beschritten worden sind, auf die oben angeführte(8) und eine weitere Entscheidung des RG (9) zurückzuführen sind.

Daß die vom RG heraufbeschworene Verwirrung sich noch heute auswirkt, zeigt im neusten Schrifttum u.a. (10) der Aufsatz von

-
- (1) Herschel DR 41, 1727; 42, 753 ff; Eilles ZZP 62, 1 ff; Bernhardt DR 42, 1171 ff; Kersting DR 42, 1215; vgl. dazu auch Etzler Diss. S. 10 ff., 141 ff.; v. Brunn aaO. S. 68 ff.
 - (2) BGH 1, 83 (86); 9, 1 (3); 12, 136 (139, 142)
 - (3) BGH 17, 1, 2
 - (4) Vgl. dazu Nörr Diss. S. 30 ff; Meeske BB 59, 857
 - (5) Ausdruck von Nörr
 - (6) s. a. u. S. 14 Anm. 2, 92
 - (7) Diss. insbes. S. 2, 3, 30 ff., 107
 - (8) Isele JuS 61, 310 verweist noch auf die Formulierung von Grossmann-Doerth vom "Selbstgeschaffenen Recht der Wirtschaft" als "verführerischen Sirenenklang".
 - (9) RG 150, 2 ff. zu § 138 I BGB
 - (10) Vgl. auch Schoreit MDR 64, 206, der die Aufstellung von AGB als "Festlegung abstrakter Normen, ja einer ganzen Rechtsordnung" ansieht.

Helm (1). Er bezeichnet die AGB als "private Normen" (2) und versteht darunter privat gesetzte "funktionelle Normen", die von Rechtsnormen aber zu unterscheiden seien (3). Dabei unterläßt es Helm jedoch, den Unterschied zwischen Norm und Rechtsnorm deutlich zu machen (4) und beschränkt sich auf die Feststellung, daß sich die Wirkung dieser "funktionellen Normen" nach der analogen Anwendung der für Rechtsnormen geltenden Regeln bestimme (5). Eine Begründung für die Zulässigkeit dieser Analogie gibt er nicht.

Schon 1962 hatte Helm (6) festgestellt, daß die Rechtsprechung die AGB nicht als Rechtsnormen anerkannt habe, und auch nicht zu erwarten sei, daß sie es in Zukunft tun werde. Anwendung und Auslegung von AGB seien aber heute schon soweit an die des objektiven Rechts angeglichen, daß der praktische Unterschied nicht mehr groß sei. Aber eine solche Behauptung ersetzt keine Begründung.

Auch Lukes (7) betrachtet die AGB als "Regeln oder Normen", weil sie in den einzelnen Klauseln ein vorgestelltes Verhalten beschreiben, das mit einem Imperativ verbunden sei (hierin sieht er die Kennzeichen einer Norm (8)). Der angeblich in den Klauseln der AGB enthaltene Imperativ, daß der Einzelrechtsgeschäftspartner diese AGB als Vertragsinhalt zugrundelegen muß, wenn er zum Vertragsabschluß kommen will (9), ist aber jedem Vertragsangebot

(1) JuS 65, 121 ff.

(2) aaO. S. 121

(3) aaO. S. 122

(4) Vgl. zu diesem Problem Etzler Diss. S. 141 ff.; Hurst Diss. S. 2 ff.; ferner Krüger RdA 57, 205, der von "Individualnormen" spricht und sich durch diese ungenaue Terminologie dazu verleiten läßt, die "Normsetzung durch nichtstaatliche Rechtsetzer" - er führt noch das Beispiel des Tarifvertrages an (s.u. S. 6) - nicht mehr als Vorgang zu betrachten, der dem privaten Recht zuzuordnen sei, sondern dem öffentlichen Recht, "weil so viele hoheitliche Elemente in diesen Vorgängen" steckten. Gegen Krüger auch Brandner AcP 162, 250.

(5) Helm JuS 65, S. 126

(6) AcP 161, 517

(7) Festschrift f. Hueck S. 476 und JuS 61, 305

(8) Festschrift f. Hueck S. 476, Anm. 70, JuS 61, 305, Anm. 29

(9) Lukes Festschrift f. Hueck S. 476 Anm. 69

eigen, von dem der Anbietende nicht abgehen will. Ein vorgestelltes Verhalten enthält auch jeder persönlich vereinbarte Einzelvertrag.

Von einer "Normqualität" der AGB kann daher nicht einmal in diesem Sinne gesprochen werden, da kein Unterschied zum (unabänderlichen) Einzelvertragsangebot ersichtlich ist.

Die vereinbarten "Normen" sind daher nichts Anderes als simple Vertragsabreden, die zwar nach der geläufigen ungenauen Ausdrucksweise zwischen den Parteien "normativ" gelten sollen, die Bezeichnung "Rechtsnorm" aber nicht verdienen, weil sie nicht unmittelbar, zwingend und generell gelten, sondern nur zwischen den Parteien kraft deren Vereinbarung. Man spricht von Vertragsordnungen (1) und Vertragsnormen (2) und meint damit

-
- (1) Vgl. Herschel DR 41, 1727; Bernhardt DR 42, 1172; Etzler Diss. S. 90 Anm. 271, S. 91 Anm. 276; LG Ravensburg NJW 65, 638; Mestmäcker JZ 64, 443, der zu der globalen Aussage gelangt, im Bereich der AGB verwische die "normative Kraft des Faktischen" in ihren mannigfachen Abwandlungen vielfach die Struktur der Vertragsordnung und der Privatrechtsordnung; vgl. auch Meyer-Ladewig MDR 63, 725, der meint, die Gerichte machten es den Verfassern von AGB unverständlich leicht, "die ihnen nützliche Rechtsordnung (!) Vertragsgrundlage werden zu lassen". Das LG Tübingen glaubt, NJW 64, 1799, unter Berufung auf BGH 1, 86; 17, 2, die anbietenden Unternehmer hielten "eine - meist nach ihren einseitigen Gruppenvorteilen aufgestellte - private Rechtsordnung (!) bereit" und suchten sie "gegen die staatliche ... Rechtsordnung durchzusetzen".
- (2) Vgl. dazu Nörr Diss. S. 34; Hueck JheringsJb 73, 51; Reinhardt Festschr. f. Schmidt-Rimpler S. 136 spricht von "der Normierung der Beziehung von Leistung und Gegenleistung". Esser Schuldrecht S. 39 meint, die AGB stellten ein "Normensystem" dar. Gegen solche Formulierungen Sieg. AcP 151, 253.

nichts Anderes als Vertragsbestimmungen (1). Die Einführung des undefinierten und undefinierbaren "Norm"- "Begriffes" ist unbegründet, er ist daher überflüssig. Er soll nur die analoge Anwendung der Regeln über Rechtsnormen ermöglichen, die direkt schon deshalb nicht anwendbar sind, weil es den Unternehmern an einer Rechtssetzungsbefugnis mangelt (2).

Aus dieser unzutreffenden und ungenauen Terminologie heraus erklärt sich auch der Vergleich, der zwischen den AGB und dem Tarifvertrag gezogen wird (3). In beiden Fällen sollen Private Normen setzen.

Die tariffähigen Arbeitgeber (-verbände) regeln mit der zuständigen tariffähigen Gewerkschaft (§ 2 I TVG) (4) die Arbeitsbedingungen im Tarifvertrag, der dann den Inhalt des Einzelarbeitsverhältnisses eines gewerkschaftlichen Arbeitnehmers mit seinem am Tarifvertrag beteiligten Arbeitgeber normativ bestimmt. Hierin wird die Fähigkeit der Tarifvertragspartner gesehen, durch Tarifverträge unmittelbar geltendes Recht (§ 4 I TVG) zu setzen. Sie wird als öffentlichrechtliche Befugnis aufgefaßt (5), die den Tarifvertrags- Parteien aufgrund staatlicher Delegation verliehen worden sei. Die Delegationsnorm soll in den §§ 1, 4 TVG zu sehen sein,

-
- (1) Gegen die Kennzeichnung der AGB als "Rechtsordnung" wendet sich Ballerstedt JZ 56, 270 daher zu recht; ebenso Flume DJT-Festschrift Bd. I 168 und Das Rechtsgeschäft S. 670.
 - (2) Lukes Festschrift f. Hueck S. 477 m.w.N.; Meeske BB 59, 859; Sandrock AcP 159, 527 m.w.N.; Mroch aaO. S. 47 bezeichnet den Unternehmer aber als "Privatgesetzgeber", "self-made-Gesetzgeber" und "kleinen Gesetzgeber."
 - (3) S.o. S. 4 Anm. 4
 - (4) Tariffähig, d.h. fähig Partei eines TV zu sein, sind gem. § 2 I TVG der einzelne Arbeitgeber sowie Vereinigungen von Arbeitgebern bzw. Arbeitnehmern. Die Vereinigungen müssen dabei bestimmte Voraussetzungen erfüllen; vgl. dazu Hueck-Nipperdey-Stahlhacke aaO. § 2; Hueck-Nipperdey II, 303; Dersch-Volkmar aaO. § 10 Anm. 5 b kk; Maus TVG § 2 Rdnr. 50, 51, 57 ff.
 - (5) Huber II, 378; Nikisch II, 46; Ridder aaO. S. 32; s.a. Sieg AcP 151, 248 ff.

die Normqualität ergebe sich aus § 1 I TVG (1). Die Tariftmacht wird unzutreffend als soziale Selbstverwaltung bezeichnet (2), denn da es sich hierbei nicht um Verwaltung, sondern vielmehr um Rechtsetzung handelte, spräche man besser von Autonomie (3). Der Arbeitgeberverband soll den status eines beliebigen Verbandes, ein einzelner Arbeitgeber den status eines beliebigen Unternehmers haben (4), dennoch bleiben sie Personen des Privatrechts und werden nicht in den Staatsapparat eingegliedert.

Dafür, in den §§ 1, 4 TVG eine Delegationsnorm zu sehen, sind aber keine überzeugenden Gründe vorgebracht worden. Von einer Rechtsetzungsbefugnis der Sozialpartner kann keine Rede sein. Vielmehr wird dem privatrechtlichen Tarifvertrag (5) zwischen den Tarifvertrags-Parteien kraft Gesetzes (§ 1 I TVG) normative Wirkung beigelegt. Eine solche gesetzliche Vorschrift, die die abgeschlossenen Verträge mit (Rechts-!) Normcharakter versehen würde, gibt es aber für AGB nicht.

Ein Vergleich zwischen Tarifvertrag und AGB-Vertrag kann daher nicht gezogen werden (6).

Die AGB erlangen rechtliche Bedeutung nur durch einen Vertragsschluß (7). Sie sind rechtlich solange inexistent, als nicht der sie

-
- (1) Gegen die herrschende Auffassung (z.B. Hueck-Nipperdey II, 189 f.), daß der TV objektives Recht setzt, wohl nur Maunz-Dürig aaO. Art. 1 Abs. III Anm. 115/116.
 - (2) Hueck-Nipperdey II, 144; Meissinger, Reliefbild S. 17
 - (3) Darauf weist Nikisch II, 48 hin; auch Huber II, 380 hat Bedenken, gegen ihn wendet sich Meissinger, Reliefbild S. 166 ff.; Maus TVG Einl. S. 36; richtig insoweit Isele JuS 61, 310
 - (4) Huber II, 380; Definition bei Huber I, 533; Hueck-Nipperdey II, 143
 - (5) Der TV bleibt auch nach Ansicht der Vertreter der abgelehnten Auffassung trotz normativer Wirkung ein Privatrechtsvertrag! h. M. vgl. Maus TVG Einl. S. 49
 - (6) Vgl. dazu auch Esser Schuldrecht S. 40.
 - (7) Herrschende Lehre; Michel, Die AGB S. 64 f; Hildebrandt AcP 143, 330 ff; Haupt S. 25 ff., zitiert bei Nörr S. 14; Lukes Festschrift f. Hueck S. 476 m.w.N. in Anm. 67; Hurst Diss. S. 6, 11; Meeske

benutzende Unternehmer ein durch sie inhaltlich bestimmtes Angebot - also eine Willenserklärung - abgibt; sie sind rechtlich irrelevant, solange der Unternehmer keinen Vertrag schließt (1), dem er sie zugrundelegt (2). Die Aufstellung von AGB allein wird zu recht als bloße Tathandlung ohne Rechtsfolgen bezeichnet (3), als Vorbereitungshandlung, an die der Aufsteller nicht gebunden ist (4).

Nur Lukes (5) betrachtet die Aufstellung von AGB als ein einseitiges Rechtsgeschäft. Die aufgestellten "Regeln" (6) seien ein rechtserheblicher Erfolg (7). Zur Begründung führt er an, daß bei der Aufstellung von "Richtlinienverträgen" (8) durch Willenseinigung zwischen mehreren ein Rechtserfolg - Aufstellung von AGB - erzielt werde, so daß auch die von einem einzelnen Rechtssubjekt aufgestellten Regeln einen Rechtserfolg darstellen müßten.

Dabei verkennt Lukes jedoch die Begriffsbestimmung des "Rechtsgeschäftes" (9) und die Rechtsnatur der AGB, die eben keine "Regeln" oder "Normen" sind, sondern Bestandteil einer der beiden zum Vertragsschluß gehörenden Willenserklärungen (10). Die aufgestellten AGB, die noch nicht Bestandteil eines Angebots oder eines Vertrages geworden sind, können lediglich als vorformulier-

BB 59, 861; v. Nottbeck Diss. S. 12 m.w.N.; Mroch aaO. S. 8; Esser Schuldrecht S. 41; OLG Bremen NJW 65, 978; Helm JuS 65, 122 mit Übersicht über Rspr. und Lehre in Anm. 34

- (1) Im Folgenden wird vereinfachend gesagt, der Geltungsgrund der AGB liege im Vertrag(schluß).
- (2) Vgl. Ballerstedt JZ 56, 270; Flume DJT-Festschrift Bd. I S. 168 Note 98
- (3) Vgl. Raiser aaO. S. 109; Sandrock AcP 159, 529 m.w.N.; Ballerstedt JZ 56, 270
- (4) So Nörr Diss. S. 85; v. Nottbeck Diss. S. 12 m.w.N.
- (5) Festschrift f. Hueck S. 478 und JuS 61, 303
- (6) Vgl. dazu oben S. 5/6
- (7) Dagegen zu recht Brandner AcP 162, 250/251
- (8) S. u. S. 9 Anm. 7
- (9) Dazu im Einzelnen Isele JuS 61, 311 f.
- (10) Gegen Lukes auch v. Brunn AcP 159, 550 in Anm. 16 und Flume

te (1) Willenserklärungen bezeichnet werden, eine Rechtswirkung haben sie noch nicht (2).

Unzutreffend ist es daher auch, wenn Helm (3) zwischen dem "Verweisungsvertrag"⁹⁰, in dem auf die AGB Bezug genommen wird, und den AGB selbst unterscheidet, die " - wie ausländische Rechtsnormen (!) bei der kollisionsrechtlichen Verweisung im internationalen Schuldrecht - über dem Vertrag stehende Normen" bleiben sollen. Nur der Verweisungsvertrag soll den Regeln über Rechtsgeschäfte unterliegen, die Normen aber entsprechend Rechtsnormen behandelt werden (4).

Aus der rechtsgeschäftlichen Natur der AGB ergibt sich, daß für sie alle Vorschriften über Rechtsgeschäfte gelten, sobald sie einem Vertrag zugrundeliegen.

II. Wirksamwerden der AGB

Ebenfalls umstritten ist, wann die AGB wirksam werden (5). Selbst wenn man von der rechtsgeschäftlichen Natur der AGB ausgeht, bleiben zahlreiche Probleme zu lösen. Haberkorn (6) unterscheidet allein acht Möglichkeiten, wie AGB in den Einzelvertrag aufgenommen werden könnten (7). Die Schwierigkeiten sind aber aus dem

DJT-Festschrift Bd. I, 168 in Anm. 98

- (1) Sandrock AcP 159, 529
- (2) So auch Isele JuS 61, 311
- (3) JuS 65, 128
- (4) S. o. S. 4 ; vgl. dazu auch Nörr Diss. S. 105/6
- (5) Siehe dazu insbes. Etzler Diss. S. 1 ff.; v. Nottbeck Diss. S. 12 ff.; Lukes JuS 61, 304; vgl. auch Krause BB 52, 996 ff.; Thamm BB 64, 910 f.; OLG Düsseldorf NJW 65, 762 f.; Esser Schuldrecht S. 41, 42
- (6) MDR 61, 818 ff.; vgl. auch Gallois JR 56, 47; Meeske BB 59, 861; Helm JuS 65, 123 ff.
- (7) Auf die Problematik der sog. "Richtlinienverträge" soll und braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Vgl. dazu Hueck JheringsJb 73, 31 ff.; dazu ausführlich Nörr Diss. S. 10 f., 34; Lukes Festschrift f. Hueck S. 478 m. w. N in Anm. 76

Vertragsrecht zu lösen, insbesondere wenn die §§ 150 II, 151 BGB beachtet werden.

Hier genügt die erneute Feststellung, daß AGB rechtliche Wirksamkeit nur durch einen Vertrag erlangen, in dem auf sie Bezug genommen wird (1).

Das kann einmal durch entsprechende rechtsgeschäftliche Vereinbarung geschehen, wobei die so umstrittene "Unterwerfungserklärung" sich als einfache Annahmeerklärung des Kunden erweist (2), die auch stillschweigend und konkludent abgegeben werden kann (3).

Zum anderen sollen die AGB auch dadurch Bestandteil eines Vertrages werden können (4), daß es der Kunde versäumt hat, den AGB des Unternehmers zu widersprechen, "obwohl sich im Geschäftsverkehr die Verkehrssitte gebildet hatte, daß Unternehmen von der Art dessen, mit dem er sich eingelassen hat, typischerweise ihren Vertragsbeziehungen mit den Kunden AGB zugrundelegen pflegen" (5).

Es darf nicht verkannt werden, daß das Zustandekommen des Vertrages nach der zweiten Alternative einen weiteren Einbruch in die bisherige Vertragslehre darstellt (6). Es ist ein neues Beispiel dafür, daß

(1) S. o. S. 8 mit Anm. 1

(2) Vgl. Krause BB 55, 269; Enn.-Nipperdey AT II, 1008/1009; s. u. S. 29

(3) S. a. Hurst Diss. S. 7 ff., der diese Problematik mit ausführlichen Angaben behandelt; ferner Hildebrandt JR 55, 325

(4) Zu dieser "Klarstellungsobliegenheit" des Kunden vgl. Krause BB 55, 269; dazu Etzler Diss. S. 8 ff., 49 ff., 63 ff., 120 f.

(5) So Hurst Diss. S. 11; vgl. ferner v. Nottbeck Diss. S. 22 und Etzler Diss. S. 122; vgl. auch BGH 7, 187 (192 f.); Krause BB 55, 267, 269

(6) Man denke nur an die "faktischen Verträge" und die Verträge aus "sozialtypischem Verhalten."

in der jüngeren Entwicklung des Vertragsrechts die Willenseinigung der Parteien, die allein normalerweise zum Vertragsschluß führt, durch objektive, an das Verhalten der Parteien anknüpfende Kriterien ersetzt wird (1).

Raiser (2) meint dazu, in den typischen Situationen des modernen Massenverkehrs, denen der Einzelne mehr ausgesetzt sei, als daß er sie aus eigenem Entschluß herbeiführte und voll zu übersehen vermöchte, werde sein Verhalten vielfach als Vertragserklärung gewertet, ohne Rücksicht darauf, ob er die ihm zugemutete rechtliche Bindung voll in seinen Willen aufgenommen habe oder nicht. Raiser will die Rechtfertigung für die Ersetzung der Willenserklärung aber nicht darin sehen, daß hier der Vertrauensschutz (3) mit Hilfe der Verkehrssitte den Grundsatz der Privatautonomie einschränkt und verdrängt (4), vielmehr soll der (entgegenstehende) Parteiwille hier wegen der Sicherheit und des glatten Ablaufs des Rechtsverkehrs unbeachtlich sein. Nicht die Privatautonomie werde beschränkt, sagt Raiser als Vertreter einer "funktionalen Vertragslehre" (5), sondern das Willensprinzip. Aber weder die Sicherheit und der glatte Ablauf des Rechtsverkehrs, noch der Vertrauensschutz erfordern oder rechtfertigen die Ersetzung der Willenserklärung des Kunden darüber, ob er die AGB als Vertragsinhalt anerkennen will oder nicht.

Bei dieser Alternative hat der Kunde gar keine Kenntnis von den AGB. Ob Unternehmen von der Art dessen, mit dem er sich eingelassen hat, typischerweise ihren Vertragsbeziehungen mit den Kunden AGB zugrunde zu legen pflegen, ist nicht entscheidend. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob im Einzelfall das Ange-

-
- (1) Raiser DJT-Festschrift Bd. I S. 123 f. Vgl. dazu auch Flume Das Rechtsgeschäft S. 669/670
 - (2) DJT-Festschrift Bd. I, S. 123
 - (3) Zur Geltung der AGB kraft Vertrauensschutzes s. im einzelnen Etzler Diss. S. 100 ff.
 - (4) So v. Staudinger-Coing AT Vorbem. 19 b vor §§ 116 ff. BGB
 - (5) DJT-Festschrift Bd. I, S. 123 Punkt 2

bot des Unternehmers an den Kunden inhaltlich durch seine AGB bestimmt war. Nur wenn der Kunde ein solches Angebot angenommen hat, ist ein AGB-Vertrag zustande gekommen. Hat der Unternehmer einen Hinweis auf seine AGB unterlassen, so sind sie auch nicht im Angebot enthalten.

Das Angebot eines Unternehmers, das keinen Hinweis auf seine AGB enthält, kann auch nicht so ausgelegt werden, als enthielte es diese AGB, wenn der Unternehmer üblicherweise oder nach der Verkehrssitte seinen Vertragsangeboten AGB zu Grunde zu legen pflegt. Ausgelegt werden kann nach § 133 BGB nur die Angebotserklärung des Unternehmers, so wie sie von dem Kunden, demgegenüber sie abgegeben wird, verstanden werden mußte (1). Unterläßt der Unternehmer im Angebot den Hinweis auf seine AGB, so kann der Inhalt seiner Willenserklärung weder aus seinem üblichen Verhalten, noch aus der Verkehrssitte ergänzt werden. Die Auslegung hat sich allein an der geäußerten Willenserklärung zu orientieren und nicht am früheren (üblichen) Verhalten des Unternehmers oder einer Verkehrssitte. Fehlt in dem Angebot der Hinweis auf die AGB, so ist mit seiner Annahme durch den Kunden kein AGB-Vertrag zustande gekommen. Es ist vielmehr ein ganz normaler Vertrag geschlossen worden.

Eine Ergänzung dieses Vertrages zu einem AGB-Vertrag soll aber nach Ansicht von Flume (2) dann möglich sein, wenn diese Geschäfte stets nur zu den AGB abgeschlossen werden und der Kunde deshalb auch "wissen muß", daß das Geschäft mit den AGB abgeschlossen wird. Flume begründet dies nicht aus dem Verhalten des Kunden wie Raiser, sondern meint, daß es sich dann um einen besonderen Geschäftstyp handle, für den die Rechtsordnung anerkenne, daß die vertragliche Vereinbarung durch die AGB ergänzt werde. Er stellt dabei also darauf ab, ob es sich um einen besonderen Geschäftstyp handelt, für den von Rechts wegen die Verweisung folgt.

(1) Palandt-Danckelmann aaO. Anm. 1 zu § 133 BGB

(2) Flume DJT-Festschr. Bd. I, 166/167 und Das Rechtsgeschäft S. 668 ff.

Eine solche Verweisung "von Rechts wegen" auf die AGB gibt es aber nicht. Zunächst einmal fehlt eine gesetzliche Verweisungsvorschrift; dieser Mangel könnte vielleicht durch die Verkehrssitte (Gewohnheitsrecht) behoben werden. Dann muß aber festgestellt werden, daß eine Verweisung nur auf etwas Bestehendes erfolgen kann. Solange die AGB aber nicht als Willenserklärung des Unternehmers (im Angebot) abgegeben werden, sind sie rechtlich nicht existent. Daran ändert sich auch dadurch nichts, daß der Unternehmer schon unzählige AGB-Verträge geschlossen hat. Diese AGB gelten jeweils nur inter partes. Die AGB sind eben keine "fertig bereitliegende (und somit existente) Rechtsordnung", auf die verwiesen werden kann. Schließlich ist auch unklar, für welche "bestimmten Geschäfte" und für welchen "bestimmten Kreis von Geschäftspartnern die Geltung der AGB von Rechts wegen anerkannt" sein soll. Daraus daß der Unternehmer, der die AGB aufstellt, zugleich den Vertragsinhalt einseitig bestimmt, wenn sein AGB-Angebot angenommen wird, können keine Rückschlüsse für den Fall gezogen werden, daß sein Angebot den Hinweis auf die AGB nicht enthält. Die AGB können daher nicht durch Verweisung "von Rechts wegen" als einseitig gesetzte Regelung Bestandteil des Vertrages werden.

Nicht der Kunde hat die Pflicht, den AGB, von denen er keine Kenntnis hat, zu widersprechen (1), um sie nicht Vertragsbestandteil werden zu lassen, sondern der Unternehmer, der einen AGB-Vertrag abschließen will, muß jedem Kunden ein inhaltlich durch die AGB bestimmtes Angebot unterbreiten. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs leidet durch das Unterlassen dieses Hinweises nicht, weil bei seinem Fehlen statt eines AGB-Vertrages ein üblicher Vertrag zustandegekommen ist.

Der Unternehmer kann sich auch nicht auf den Vertrauensschutz berufen, weil es an ihm selbst liegt, ob ein AGB-Vertrag oder ein gewöhnlicher Vertrag zustandekommt.

Eine "Klarstellungsobliegenheit" des Kunden gibt es daher nicht (2).

-
- (1) Vgl. dazu den Hinweis von Hurst Diss. S. 125 m. Anm. 2 auf Haupt
 - (2) Vgl. dazu Flume DJT-Festschrift Bd. I, 166/167 m. Anm. 94 und das Rechtsgeschäft S. 669

Vielmehr muß umgekehrt der Unternehmer klarstellen, daß er einen AGB-Vertrag abschließen will. Dieser kommt somit nur durch ein Angebot des Unternehmers, das durch den Hinweis auf seine AGB inhaltlich bestimmt ist, und von dem einzelnen Kunden (durch Willenserklärung) angenommen wird, zustande.

III. Massenvertrag - Individualvertrag

Aus der rechtsgeschäftlichen Natur der in den Vertrag aufgenommenen AGB ergibt sich u. a., daß die für sie geltenden Inhalts-schranken nur solche sein können, die allgemein für Rechtsge-schäfte bestehen (1).

Dieses Ergebnis wollen Verschiedene (2) dadurch vermeiden, daß sie einen Unterschied zwischen Individualverträgen und Verträ-gen, denen AGB zugrundeliegen, machen und so für beide Ver-tragspartner unterschiedliche Inhaltsgrenzen bestimmen zu dürfen glauben.

AGB-Verträge werden als Massenverträge bezeichnet und sollen einen Gegensatz zu Individualverträgen bilden (3). Wenn Helm (4) auch vorsichtig nur vom ⁹⁹„Ausdruck“ ⁹⁹„Massenvertrag“ spricht, so darf doch nicht verkannt werden, daß dieser Ausdruck einen neuen Be-griff in der juristischen Terminologie darstellen soll, aus dem die verschiedenartigsten Folgerungen gezogen werden. Eine exakte Be-griffsbestimmung findet sich im Schrifttum allerdings ebensowenig wie eine überzeugende Begründung für die Notwendigkeit dieses Unterscheidungs-⁹⁹Begriffes⁹⁹. Es muß daher zunächst untersucht werden, ob die aufgeführten Merkmale ausreichen, um den neuen Begriff zu charakterisieren und ob die dann daraus gezogenen Fol-gerungen überzeugen.

-
- (1) So auch Sandrock AcP 159, 529
 - (2) Auch Nörr Diss. S. 99, 116 macht diesen Unterschied
 - (3) Vgl. etwa Fischer BB 57, 486; BGH 22, 97 ; 41, 154 ; dagegen schon v. Brunn aaO. S. 93 ff.
 - (4) Helm JuS 65, 121 Anm. 2

1. Begriff des "Massenvertrages"

- a) Während der Individualvertrag in allen Einzelheiten von den beteiligten Parteien ausgehandelt wird, ist der Massenvertrag in vielen Punkten vom Unternehmer - also einer Vertragspartei - vorformuliert und typisiert (1), sein Inhalt wird nicht individuell vereinbart, sondern generell bestimmt (2).

Diese Begriffs-Behauptung wird dadurch widerlegt, daß die AGB Rechtswirksamkeit nur durch den Abschluß eines individuellen Vertrages erlangen. Es liegt hier lediglich ein - wenn auch sehr ausführlich (vor-) formuliertes - Vertragsangebot einer Partei vor, das von der anderen angenommen oder abgelehnt werden kann. Daß dieses einzelne Vertragsangebot für eine unbestimmte Anzahl von Einzelverträgen bestimmt ist, gibt ihm noch keinen generellen Charakter (3), ein Vergleich mit den Rechtsnormen ist daher nicht angebracht. Er zeigt aber den Hintergrund für diese Begriffs-⁹⁹Bestimmung⁹⁹ auf, weil in ihm zum Ausdruck kommt, daß hier die Vorstellung von der (Rechts-) Normqualität der AGB (als abstrakter Rechtsordnung) weiterwirkt - wenn vielleicht auch unbewußt.

Es ist zwar nicht zu verkennen, daß zwischen einem Individualvertrag, bei dem die Parteien über jeden Punkt verhandeln und einem Individualvertrag, bei dem die eine Partei sagt : ⁹⁹Nur zu diesen Bedingungen verkaufe ich Dir die Ware⁹⁹, ein Unterschied besteht. Dieser Unterschied bezieht sich aber nur auf das Ausgestalten des Vertrages (dem Kunden wird die Inhaltsmitbestimmung verweigert), er ändert nichts am Inhalt des Vertrages, der sowohl beim Individual- wie beim ⁹⁹Massen⁹⁹=Vertrag individuell (beim letzteren eben vom Unternehmer allein !) bestimmt ist.

(1) Lukes Festschrift f. Hueck S. 459 ; Meeske BB 59, 857

(2) Helm JuS 65, 121; Raiser aaO. S. 17 f.

(3) So aber Mroch aaO. S. 7/8 ; Meeske BB 59, 860; Fischer BB 57, 486

Daher ist auch die Ansicht des BGH (1) unrichtig, der zwischen einem "individuellen Haftungsausschluß", "der auf Grund der in Betracht kommenden Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalles zwischen dem Verkäufer und dem Käufer besonders (?) ausgehandelt wird" und "dem generellen (!) Haftungsausschluß in AGB" deshalb unterscheidet, weil durch den letzteren eine "generelle Außerkraftsetzung der dispositiven Vorschriften über das Gewährleistungsrecht bezweckt" werde. Eine solche "generelle" Wirkung können AGB aber nicht entfalten, weil sie nur "individuell" im Einzelvertrag rechtswirksam werden.

- b) Ebensowenig kann aus der "praktischen Unabdingbarkeit" der AGB (also des Angebotes) etwas Anderes gefolgert werden (2).

Auch ein Einzelvertragspartner kann nur zu den von ihm genannten Bedingungen abschließen wollen, ohne sich auf Diskussionen und Abänderungen einzulassen, wie umgekehrt Abweichungen von den AGB durchaus vereinbart werden können. Das wird deutlich, wenn man folgende Klauseln in AGB liest :

"Abweichungen von unseren AGB bedürfen unserer schriftlichen Bestätigung."

"Abschlüsse und Vereinbarungen - insbesondere soweit sie diese Bedingungen abändern - werden erst durch unsere schriftliche Bestätigung für uns verbindlich."

Die Abänderung der AGB wird hier nur an das Formerfordernis der Schriftlichkeit geknüpft.

-
- (1) BGH 22, 90 ff. (97) ; zustimmend aber v. Nottbeck Diss. S. 87, 88
- (2) A.A. aber Meeske BB 59, 860 ; Fischer BB 57, 486

- c) Die Massenverträge - mit "generellem" Inhalt - werden in großer Serie abgeschlossen (1) und in dieser "Massenqualität des AGB-Vertrages" liegt der wesentliche Unterschied zum Individualvertrag (2).

Aus der Tatsache allein, daß sehr viele Individualverträge gleichen Inhalts (AGB) vereinbart werden, können aber keine Rückschlüsse auf die rechtliche Qualifikation des einzelnen AGB-Vertrages gezogen werden. Dadurch, daß der Unternehmer U unter Zugrundelegung seiner AGB mit A, B, ... S kontrahiert, verändert sich nicht der Individualcharakter seines Vertrages mit D (oder A, B ... S). Die Unhaltbarkeit dieser These wird besonders klar, wenn man sich vor Augen führt, daß auch dann ein "Massenvertrag" vorliegen müßte, wenn U nur einen einzigen AGB-Vertrag (mit "generellem" Inhalt) schließt; da dies aber nicht möglich ist, erlangt dieser Einzelvertrag seine Qualifikation zum Massenvertrag nur durch weitere Abschlüsse von AGB-Verträgen durch U. Voneinander völlig unabhängige Rechtsverhältnisse (A - U; U-S) können aber nach deutschem Recht nicht aufeinander einwirken. Hieran ändert die Tatsache ihres gemeinsamen Inhalts ebensowenig etwas wie die ihrer großen Zahl. Durch die massenweise Verwendung rücken die AGB auch nicht über das Parteiinteresse hinaus in den Bereich des öffentlichen Interesses (3). Nicht die Allgemeinheit wird durch einen oder viele AGB-Verträge berührt (4), sondern einzig und allein die einzelnen AGB-Vertragspartner.

Es überrascht, daß die Vertreter dieser Ansicht es versäumt haben, ein anderes Rechtsgeschäft zu berücksichtigen, das ebenfalls in großer Zahl und oft sogar zum gleichen Zeit-

-
- (1) Helm JuS 65, 121
(2) So v. Nottbeck Diss. S. 82
(3) So aber v. Nottbeck Diss. S. 82
(4) So aber Krause BB 55, 268

punkt vorgenommen wird, die Massenkündigung (1). Auch hier wird von einem Unternehmer (Arbeitgeber) ein (einseitiges) Rechtsgeschäft mit Wirkung für sehr viele Vertragspartner (Arbeitnehmer) und mit völlig gleichem Inhalt (Hiermit kündige ich Ihnen !) vorgenommen. Trotzdem ist noch niemand auf die Idee gekommen, diese Massenkündigung (2) rechtlich anders zu qualifizieren als eine Summe von (voneinander völlig getrennten) Einzelkündigungen (3). Obwohl hier viele inhaltsgleiche Kündigungen gleichzeitig ausgesprochen werden, ändert sich an der Rechtsnatur der Einzelkündigung nichts.

Den Anhängern des "Massenvertrages" hätte es zu denken geben müssen, daß aus der Häufigkeit der Vornahme eines (inhaltsgleichen) Rechtsgeschäftes in diesem Fall nicht auf eine Veränderung seiner rechtlichen Qualifikation geschlossen worden ist.

- d) Beim "Massenvertrag" kann der Kunde nur ja oder nein sagen (4), er muß sich "unterwerfen". Der AGB-Vertragspartner wird dadurch gezwungen, Verträge abzuschließen, denen die "Richtigkeitskontrolle des Aushandelns" (5), wie sie beim Individualvertrag gegeben ist, fehlt.

-
- (1) Ebensowenig wie die insofern nichts Anderes bietende Massenänderungskündigung; zu dieser Hunn und Vielhaber BB 53, 507 f.
- (2) Zum Unterschied zwischen Massenentlassung und Massenkündigung s. Nikisch, Betrieb 60, 1274/5; nicht die Wirksamkeit der Kündigung, sondern nur die Wirksamkeit der Entlassung kann nach § 16 I, II KüSchG durch die Nichtbeachtung der §§ 15 f KüSchG berührt werden, Nikisch aaO.
- (3) Man sucht danach vergeblich bei Herschel-Steinmann aaO, S. 229 ff.; Hueck KüSchG-Komm. S. 212 ff.; Nikisch ArbR I, 686 ff., 838 ff.; Hueck-Nipperdey ArbR I, S. 690 ff.; Mollitor, Kündigung S. 246 ff.
- (4) Meeske BB 59, 857
- (5) Haupt ZAkDR 1943, 85/6; v. Nottbeck Diss. S. 83; Krause BB 55, 268

Es könnte hier genügen, auf Punkt b) zu verweisen, wenn nicht auch dieses Argument einen weiteren Beweis dafür liefern würde, daß es auf die Vorstellung von der Normqualität der AGB zurückgeht. Der Unternehmer übernimmt nach dieser Ansicht in der praktischen Auswirkung (1), im praktischen Ergebnis (2), die Rolle des Gesetzgebers. Dieser Vergleich ist aber nur unter dem Gesichtspunkt der Normqualität der AGB möglich und verständlich, denn er erkennt die rechtsgeschäftliche (Angebots-) Natur der AGB. Er kann daher nicht zur Klärung des Begriffes "Massenvertrag" beitragen.

- e) Der Großbetrieb mit seiner Massenherstellung und seinem Massenabsatz drängt zur Entpersönlichung von Geschäftsbeziehungen und Geschäftsinhalt (3). Beim "Massenvertrag" ist das individuelle Element gänzlich verloren gegangen (4).

Soweit mit dieser "Entpersönlichung" die fehlende Einflußmöglichkeit des Kunden auf die Gestaltung des Inhalts des AGB-Vertrages gemeint ist, kann auf Punkt a) verwiesen werden. Die Entpersönlichung der Geschäftsbeziehungen dagegen liegt bereits jedesmal dann vor, wenn der Kunde nicht direkt mit dem Geschäftsinhaber oder Unternehmer persönlich kontrahieren kann, sondern mit einem Vertreter abschließen muß. Diese Art der Entpersönlichung der Geschäftsbeziehungen beschränkt sich aber nicht auf AGB-Verträge, sondern ist bei jedem größeren Unternehmen gegeben. Sie rechtfertigt es nicht, dem Individualvertrag einen "Massenvertrag" (mit AGB) gegenüberzustellen.

-
- (1) v. Nottbeck Diss. S. 83
(2) Krause BB 55, 268
(3) Hildebrandt AcP 143, 326
(4) So Meeske BB 59, 857

- f) Unter Berufung auf Krause (1) will v. Nottbeck (2) schließlich die unterschiedliche rechtliche Behandlung der AGB-Verträge im Gegensatz zu den Einzelverträgen mit dem Bekenntnis des Grundgesetzes zum Sozialstaat in den Art. 20 und 28 rechtfertigen. Da er keine wesentlich anderen Gedanken als Krause äußert und sich einer ähnlichen Methode bedient (3), kann auf die Ausführungen über das Sozialstaatsprinzip (4) verwiesen werden. Auch aus dem Sozialstaatsgrundsatz läßt sich der "Massenvertrag" nicht ableiten und nicht begründen.
- g) Eine Begriffsbestimmung des "Massenvertrags" an Hand der angeführten Merkmale ist daher nicht möglich. Bei dem Versuch, einen Unterschied zwischen Individualvertrag und "Massenvertrag" zu finden (5), wird bewußt an den Gedanken angeknüpft (6), daß die AGB normähnlichen Charakter haben (7). Der "Massenvertrag" ist dem System unseres Vertragsrechts aber nicht nur fremd und läßt sich nicht nur mit den herkömmlichen dogmatischen Denkformen nicht be- greifen (8), er existiert vielmehr überhaupt nicht.

(1) Krause BB 55, 268

(2) v. Nottbeck Diss. S. 88 ff.

(3) Vgl. etwa v. Nottbeck Diss. S. 90 Punkt 2

(4) S. u. S. 35 ff.

(5) Vgl. dazu den Bericht von Westermann in NJW 63, 1587, wonach in der niederländischen Rspr. bei der Feststellung der (Un-)Gültigkeit nicht zwischen AGB und individuell ausgehandeltem Vertrag unterschieden wird.

(6) Vgl. die in a) - f) im Obersatz angeführten Schriftsteller

(7) So - wenn auch etwas zurückhaltender - v. Brunn, aaO. S. 93

(8) So recht vorsichtig Meeske BB 59, 857

2. Folgerungen

Obwohl der Begriff des Massenvertrags somit unbefriedigend (nach unserer Ansicht : überhaupt nicht !) definiert ist, werden aus ihm verschiedene weittragende und bedeutsame Folgerungen gezogen, auf die später (1) im einzelnen einzugehen sein wird. Sie alle entbehren der Berechtigung.

(1) S. u. S. 90 ff.

B. ÄLTERE RECHTSPRECHUNG UND LEHRE ZUR NICHTIGKEIT VON AGB KRITISCH BETRACHTET

I. § 138 I BGB (Gute Sitten)

Als Mittel, das geeignet schien, gegen unbillige und ungerechte AGB vorzugehen, bot sich die Vorschrift des § 138 I BGB an. Nach ihr ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig.

In dem Beschluß vom 13. März 1936 stellte das RG (1) die Voraussetzungen auf, die vorliegen müssen, damit ein Rechtsgeschäft, dem AGB zugrundeliegen, gegen die guten Sitten verstößt (2). Dies ist danach dann der Fall, wenn

1. "Leistung und Gegenleistung in einem auffälligen Mißverhältnis zueinander stehen, die übrigen Merkmale des Wuchers (§ 138 II BGB) aber nicht vorliegen" und wenn
2. "außer dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teils festzustellen ist, daß das Geschäft nach Inhalt, Zweck und Beweggrund gegen das gesunde Volksempfinden verstößt."

Unter Umständen soll aus dem Mißverhältnis auf diese Gesinnung geschlossen werden können, so wenn sich ein Teil böswillig oder grobfahrlässig der Erkenntnis verschließt, daß sich der andere aus einer mißlichen Lage heraus auf die schweren Bedingungen einläßt (3).

(1) RG 150, 2 ff.

(2) Die Rspr. des RG zu § 138 I BGB ist sooft aufgezeigt worden, daß nur kurz auf sie und die an ihr geübte Kritik einzugehen ist. Vgl. insbes. die Darstellungen bei Pagenstecher aaO, S. 7, insbes. S. 10 ff.; Schneider NJW 54, 133; Sandrock AcP 159, 524; Wieneke Diss. S. 68 ff. zur Monopol-Rspr.; Hurst Diss. S. 13 f.; v. Nottbeck Diss. S. 53 ff.; Mroch aaO., S. 22 ff. mit umf. Angaben; Lintz WM 65, 32

(3) RG 150, 2, 5

Wenn auch die objektive Voraussetzung (Ziff. 1) dieser Formel ein brauchbares Mittel im Kampf gegen unbillige AGB zu sein schien, so mußte die Anwendung des § 138 I BGB dennoch oft genug unterbleiben, weil die subjektive Voraussetzung (Ziff. 2) - Ausbeutung oder Ausnutzung einer Machtstellung (1) - nicht erfüllt war, weil keine Monopolstellung des Unternehmens vorlag. Um dieses unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, war die Rechtsprechung gezwungen, den Begriff des Monopols (2) immer weiter auszudehnen (3).

Erforderlich ist jetzt nicht mehr das Vorliegen eines "absoluten" Monopols, sondern es genügt schon ein "faktisches" Monopol, eine "monopolähnliche" Stellung (4). Eine solche liegt nach Auffassung des RG (5), der sich der BGH anschloß (6), schon dann vor, wenn nur ein Teil der Spediteurfirmen nach AGB abschließt, die Angehörigen dieser Gruppe aber "nach Anschauung des Verkehrs im wesentlichen allein die Gewähr für eine den Anforderungen des Verkehrs entsprechende Ausführung des Geschäfts bieten und im Falle des Haftungseintritts ausreichenden Vermögensinhalt besitzen, um Ersatzforderungen nachkommen zu können" (7).

Aber auch mit diesem Kunstgriff vermochte sich das RG nicht der Kritik an seiner Rechtsprechung zu entziehen (8). Der Maßstab des Monopolmißbrauchs wird nach überwiegender Ansicht als zu eng abgelehnt (9), wobei hier der Hinweis darauf genü-

-
- (1) Vgl. Pagenstecher aaO. S. 12; Raiser aaO. S. 283
 - (2) S. a. Wessels im Staatslexikon unter "Monopol"
 - (3) Vgl. dazu Malzer BB 58, 141; Sandrock AcP 159, 524 und die Zusammenfassung bei Raiser aaO. S. 303-307
 - (4) Vgl. auch Schneider NJW 54, 134
 - (5) RG 115, 218 (220)
 - (6) BGH NJW 56, 1065 f. = BB 56, 546 f.
 - (7) Vgl. dazu Wieneke Diss. S. 70
 - (8) Vgl. Lukes Festschrift f. Hueck S. 466 f.; Hildebrandt AcP 143, 329
 - (9) Raiser aaO. S. 288 ff., JZ 58, 7 m. w. N. in Anm. 43; Haupt ZAkDR 43, 87; Fischer BB 57, 485; Mroch aaO., S. 24, 25 m. w. N. in Anm.
- 106

gen mag, daß nicht nur der Monopolist unbillige AGB aufstellen kann (1), sondern auch der im Konkurrenzkampf stehende Unternehmer, der auf die Unwissenheit oder Gleichgültigkeit des sich unterwerfenden Kunden spekuliert (2). In diesem Fall ergibt sich das Schutzbedürfnis des Kunden nicht aus seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit, sondern daraus, daß es ihm an der Einsicht in die Tragweite der Klauseln mangelt (3), denen er zustimmt; der Unternehmer nutzt durch "virtuos beherrschte Rechtstechnik" sein "intellektuelles Übergewicht" aus (4), ohne aber hierdurch allein schon eine marktbeherrschende Stellung einzunehmen (5).

Fischer (6) kritisiert die Monopol-Rechtsprechung des RG, weil dabei weniger auf den Inhalt der Bedingungen abgestellt werde als darauf, unter welchen tatsächlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen die einzelnen Verträge nach Maßgabe der AGB abgeschlossen wurden. Unter wörtlicher Zitierung von Sebba (7) schließt er sich dessen Meinung an, die Bedingungen ständen nach dieser Rechtsprechung "als solche jenseits von Gut und Böse", erst das Monopol mache sie dazu; nicht der Rechtszustand, sondern die Mittel zu seiner Schaffung würden beanstandet.

Dabei wird verkannt, daß das RG durchaus auf den Inhalt der AGB eingeht, nämlich dann, wenn es das Mißverhältnis von Leitung und Gegenleistung untersucht. Nur mußte es, um zu dieser Prüfung überhaupt gelangen zu können, zuvor eine wirtschaftliche Machtstellung des Unternehmers nachgewiesen haben.

-
- (1) Vgl. dazu v. Brunn AcP 159, 553
 - (2) Sandrock AcP 159, 530 ; Mroch aaO. S. 25
 - (3) Vgl. dazu Mroch aaO. S. 14
 - (4) Raiser JZ 58, 7
 - (5) V. Brunn AcP 159, 553 lehnt die gegenteilige Ansicht von Bartholomeyczik Gemeinschaftskommentar Bem. 100 zu § 22 GWG zu recht ab.
 - (6) BB 57, 485
 - (7) AaO. Anm. 43

Dieser brauchbare Gedanke, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung als Kontrollmaßstab heranzuziehen (1), konnte durch die Verbindung mit dem zu engen und unbegründeten Erfordernis der Ausnutzung einer Monopolstellung aber nicht zum Tragen kommen. Der Monopolmißbrauch ist jedoch kein geeigneter Maßstab, an dem unbillige AGB gemessen werden könnten (2).

Die Formel des RG ist daher verfehlt.

II. §§ 133, 157 BGB (Auslegung)

Die unbefriedigende Rechtsprechung zu § 138 I BGB ließ das RG auch zu anderen Mitteln greifen, um unbillige Klauseln in AGB zu bekämpfen. Eines dieser Mittel erblickte es in der Auslegung.

Die Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen nach §§ 133, 157 BGB hat zum Ziel, den Inhalt von Willensäußerungen zu ermitteln und klarzustellen. Ist ein Vertrag unter Zugrundelegung von AGB zustandegekommen und ergeben sich bei Abwicklung Meinungsverschiedenheiten über seinen (und damit über ihren) Inhalt, so müssen die AGB nach Ansicht des RG (3) nach ganz bestimmten Grundsätzen (4) ausgelegt werden (5).

-
- (1) Vgl. dazu unten S. 82
 - (2) Vor dieser klaren Aussage schreckt das LG Tübingen NJW 64, 1798 ff (1799) zurück und stellt lediglich vorsichtig fest, auch ohne Monopolmißbrauch könnten AGB unwirksam sein.
 - (3) Zusammenstellungen von RG-Entscheidungen finden sich bei Mroch aaO., S. 18 f., Anm. 68 ff.; Lukes Festschr. f. Hueck S. 471 Anm. 53 ff.
 - (4) Vgl. dazu schon Wieneke Diss. S. 27 ff., 31 ff.
 - (5) Vgl. zum Folgenden insbes. Mroch aaO. S. 16 ff., auf dessen umfangreiche Übersicht über Rspr. und Schrifttum verwiesen wird. Vergl. ferner Hurst Diss. S. 43 ff., ; v. Nottbeck Diss. S. 62 f. ; Lukes Festschr. f. Hueck S. 471 f. ; Isele JuS 61, 310

Besondere Bedeutung kommt dabei dem Auslegungssatz zu, daß Unklarheiten der AGB zuungunsten des Aufstellers auszulegen sind (1). Ausgangspunkt für diese Regel war die Überlegung, daß der Aufsteller die Pflicht (Obliegenheit (2)) und die Möglichkeit gehabt habe, sich bei der Abfassung der AGB klar und eindeutig auszudrücken. Es läßt sich die Absicht erkennen, mit Hilfe der Auslegung den (vermeintlich) wirtschaftlich schwächeren Kunden gegen den Unternehmer zu schützen.

Die Rechtsprechung beschränkte sich aber nicht darauf, mit Hilfe dieses Satzes zu einer inhaltsbestimmenden Auslegung der AGB (und damit also des Vertrages) zu gelangen, sondern sie versuchte darüberhinaus, mit seiner Hilfe auch eine Inhaltsbegrenzung der AGB zu erreichen. Deshalb legte sie nicht nur mehrdeutige Worte und Klauseln (3) der AGB zugunsten des Kunden aus, sondern ging auch daran, selbst eindeutige Klauseln, die als unbillig empfunden wurden, "auszulegen" (4). Damit wurde aber statt einer Inhaltsermittlung eine Inhaltskorrektur vorgenommen und die Grenze der Auslegung überschritten (5).

Als Inhaltskontrolle für unbillige AGB ist die Auslegung daher nicht zu verwenden, weil mit einer "strengen" oder "engen" Auslegung in Wahrheit nicht mehr Willenserklärungen ausgelegt werden, sondern korrigierend in Verträge eingegriffen

-
- (1) Raiser aaO. S. 264 ff.; RG 92, 64; 116, 276; 120, 20; 145, 26; BGH 5, 111; 24, 45; BGH MDR 59, 120 f.; BGH MDR 64, 228; OLG Hamburg BB 64, 8; vgl. auch Clauß NJW 54, 905 ff.; Fikentscher BB 61, 297 ff.; Fischer Z. f. d. g. Handelsrecht und Wirtschaftsrecht Bd. 125, 205 ff., teilweise abgedruckt in BB 63, 481; Enn. -Nipperdey AT II, 1260 m. w. N. in Anm. 21.
- (2) Vgl. Mroch aaO. S. 18 m. Anm. 71
- (3) Vgl. die bei Lukes Festschrift f. Hueck S. 471 Anm. 54, 55 aufgeführten RG-Entscheidungen.
- (4) Vgl. die bei Mroch aaO. S. 18 f. und Hurst Diss. S. 36 f. angeführten Beispiele
- (5) Vgl. dazu Wieneke Diss. S. 27; Raiser aaO. S. 265

wird (1).

Nur in den gewiß seltenen Fällen, daß bei AGB objektive Mehrdeutigkeit und nicht nur subjektive Unklarheit vorliegt, kann die Auslegung Anwendung finden (2). Dann bleibt aber immer noch die Regel *"in dubio contra stipulatorem"* auf ihre Gültigkeit hin zu untersuchen, die selbst in der Rechtsprechung nicht ohne weiteres als allgemeiner Grundsatz betrachtet wird (3).

III. § 242 BGB (Treu und Glauben)

Um unbillige Klauseln in AGB zu bekämpfen, wurde von der Rechtsprechung schon recht früh außer der Generalklausel des § 138 I BGB auch die Generalklausel des § 242 BGB herangezogen (4), und zwar auf verschiedene Weisen.

1. Geltendmachung untersagt.

Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ist es dem Unternehmer verboten, seine Rechte aus unbilligen Klauseln seiner AGB geltend zu machen; er darf sich auf diese Klauseln nicht berufen (5).

Dieses Verfahren stellt aber nichts Anderes dar, als die Gewährung der *exceptio doli generalis* an den Kunden gegenüber einer unbilligen formalen Rechtsstellung des Unternehmers (6).

-
- (1) Mroch aaO. S. 19 m. w. N.; Hurst Diss. S. 37; vgl. auch v. Caemmerer JZ 53, 99 m. Anm. 34
 - (2) Lukes Festschrift f. Hueck S. 472
 - (3) Vgl. die Angaben bei Mroch aaO. S. 19 m. Anm. 82-84; ferner die unkritischen Ausführungen von Malzer BB 58, 141
 - (4) RG 110, 63; RG LZ 08, 708; RG 126, 324; 168, 321 (329)
 - (5) Vgl. die Darstellungen bei Michel aaO. S. 60 ff.; Mroch aaO. S. 25 ff. m. umfangr. N.; Meeske BB 59, 860, 861; BGH 20, 164; 22, 90; Isele JuS 61, 312.
 - (6) Vgl. dazu Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsaus-

Mroch (1) geht fehl, wenn er diese Rechtsprechung begrüßt, weil "endlich primär auf den Inhalt der AGB und nicht mehr auf die Art ihres Zustandekommens abgestellt" werde. Gerade die exakte Prüfung des Inhalts vermied die Rechtsprechung und übersah oder wollte (mit Rücksicht auf die unbefriedigende Rechtsprechung zu § 138 I BGB) übersehen, daß nur inhaltlich nicht zu beanstandende und daher wirksame AGB (d.h. bestehende vertragliche Rechte) dem Einwand aus § 242 BGB ausgesetzt sein können (2). Es hätte also zuerst die Gültigkeit der "unbilligen" Klauseln festgestellt werden müssen, ehe ihre Geltendmachung als unzulässig hätte untersagt werden können. Um die Prüfung und Feststellung der Rechtswidrigkeit bzw. Rechtmäßigkeit wollte sich das RG aber gerade herummanövrieren, weil ihm der Maßstab für diese Prüfung fehlte. Die Zustimmung, die Mroch nicht nur dem Ergebnis, sondern auch dem "juristisch sauberen Mittel" zollt, kann daher nicht geteilt werden. Ein brauchbares Mittel, um Unzulänglichkeiten im Recht der AGB zu verhindern, ist es nicht, weil mit seiner Hilfe keine Inhaltsbeschränkung erreicht werden kann.

Darüberhinaus bleiben die unbilligen Klauseln bei diesem Verfahren in vollem Umfang gültig und von Bestand, lediglich ihre Ausübung wird untersagt. Ziel im Kampf gegen unbillige AGB muß aber sein, die unbilligen Klauseln der völligen Nichtigkeit anheimfallen zu lassen (3). So hat denn auch der BGH (4), um dieses Ziel erreichen zu können, sich nicht darauf beschränkt, die Geltendmachung einer Klausel als unzulässig zu bezeichnen, sondern sich bemüht, die Nichtigkeit dieser Klausel aus anderen Gründen zu bejahen.

übung, bes. S. 83 ff.; Fischer BB 57, 481 ff. (486)

- (1) aaO S. 27
- (2) Fischer BB 57, 486
- (3) A.A. v. Brunn aaO. S. 102/103
- (4) BGH 38, 183 ff. (184) = NJW 63, 99 f. (100)

2. "Unterwerfung" beschränkt.

Um unbillige Klauseln in AGB erst gar nicht Bestandteil eines Vertrages werden zu lassen, stellte das RG (1) den vom BGH (2) übernommenen Satz auf, daß die "Unterwerfungserklärung" des Kunden, in der er die AGB des Unternehmers als Vertragsbestandteil anerkennt, nur die Unterwerfung unter "angemessene", "billige" und "übliche" Klauseln umfasse (3).

Zunächst muß nochmals (4) klargestellt werden, daß es sich bei der "Unterwerfung" um eine Willenserklärung handelt (5). Da der Geltungsgrund der AGB allein im Vertragsschluß liegt (6), ist die sogenannte Unterwerfung als Annahme eines (durch die AGB inhaltlich bestimmten) Vertragsangebotes des Unternehmers durch den Kunden anzusehen. Die Unterwerfungserklärung erhält auch keine andere rechtliche Qualifikation durch den Umstand, daß sie sich auf die AGB im Ganzen bezieht und die Kenntnis des Kunden vom Inhalt der AGB und der rechtlichen Tragweite einzelner Klauseln oder des Zusammenwirkens aller Klauseln oft sehr gering ist (7).

Diese Annahmeerklärung soll nun mit dem genannten Vorbehalt versehen sein, Selbst dann, wenn der Vertrag ohne Willenserklärung des Kunden zustandekommt (8), sollen nach dieser Ansicht diejenigen unbilligen Klauseln unwirk-

(1) RG 103, 84 ff. (86); RG JW 36, 2093

(2) BGH 17, 1 ff. (3)

(3) Vgl. die ausführlichen Darstellungen bei Mroch aaO., S. 13 ff.; Hurst Diss. S. 38 ff.; v. Nottbeck Diss. S. 59 ff.; Meeske BB 59, 861 Anm. 67; Hildebrandt AcP 143, 338; Raiser aaO. S. 175 ff. lehnt diese beschränkte Unterwerfung ebenfalls ab.

(4) Vgl. die kurze Bemerkung oben S. 10

(5) Eigenwillige Vorstellungen macht sich Etzler Diss. S. 89 ff.

(6) S. o. S. 7

(7) Hierzu Krause BB 55, 269, dem Ballerstedt JZ 56), 269 m. w. N. in Anm. 15, 16 zustimmt.

(8) S. o. S. 10 ff.

sam bleiben und nicht in den Vertrag aufgenommen werden, "die eine freiwillige Unterwerfung des Kunden von vornherein ausgeschlossen erscheinen lassen" (1). Da ein solcher Vorbehalt aber eine reine Fiktion ist (2) und in diesem Fall auch schon der Vertragsschluß fingiert wird, kann man diese Konstruktion nur noch mathematisch mit der Formel : Fiktion² erfassen; rational kann man eine Fiktion (Beschränkung der Unterwerfung auf billige Klauseln) innerhalb einer Fiktion (Vertragsschluß ohne Willenserklärung des Kunden) nicht mehr nachvollziehen; dies umsoweniger, wenn man bedenkt, daß der Kunde von alledem nichts weiß. Hier führt sich diese Konstruktion selbst ad absurdum.

Sieht man von dieser kuriosen Konstruktion einmal ab, so bleiben immer noch, wenn der Vertrag mit den AGB durch Willenseinigung geschlossen wurde, die "ungewöhnlichen" und "unbilligen" Klauseln zu bestimmen.

- a) Wenn die Unterwerfungserklärung unübliche oder ungewöhnliche Klauseln nicht umfassen soll, so ist mit dieser Kennzeichnung nichts gewonnen, denn gerade die Klauseln, in denen die Rechtsposition des Kunden (übermäßig) geschmälert wird, sind üblich und gewöhnlich. Die Häufigkeit der Verwendung einer bestimmten Klausel sagt darüberhinaus noch nichts über ihren Inhalt aus, der allein entscheidend für das Rechtsverhältnis ist. Die Berufung auf die Ungültigkeit einer solchen Klausel stellt daher auch nicht den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung dar (3), sondern ist als Anfechtungserklärung zu werten (4).

(1) RG 103, 86

(2) Mroch aaO. S. 15; Meeske BB 59, 861

(3) So aber Krause BB 55, 266

(4) Vgl. Raiser aaO. S. 177/178

- b) Auf die Üblichkeit der Klauseln wird auch dann abgestellt, wenn behauptet wird, die Unterwerfung solle sich nur auf solche Bestimmungen beziehen können, mit deren Aufstellen der Kunde nach Treu und Glauben billiger- und gerechterweise soll rechnen können (1). Es handelt sich hierbei nicht etwa nur um eine andere Formulierung, sondern die Gültigkeit der Klauseln wird hier scheinbar (!) abhängig gemacht davon, ob der Vertragspartner billiger- und gerechterweise mit ihr rechnen mußte. Wann dies der Fall ist, läßt sich aber ebenfalls nur aus der Üblichkeit und somit aus der Häufigkeit der Anwendung der Klauseln entnehmen. Wird daher z.B. seit langem in einer Branche eine bestimmte (inhaltlich unbillige) Haftungsfreizeichnungsklausel verwandt, mußte ein Kunde billiger- und gerechterweise mit ihr rechnen.

Wenn auch auf den Inhalt der Bestimmung nach dieser Formulierung nicht abgestellt wird, nimmt man aber in Wirklichkeit doch eine Inhaltswertung der Klauseln vor (2), denn nur durch sie kann man zu einer Inhaltsbegrenzung der AGB gelangen. Auf die Üblichkeit der Klauseln kann daher sinnvollerweise nicht abgestellt werden (3). Unbegründet und unverständlich bleibt deshalb die Feststellung von Veith (4), daß durch diese Rechtsprechung ein neuer Weg eröffnet worden sei, um zu befriedigenderen Ergebnissen als in der Vergangenheit zu gelangen.

-
- (1) Neumann BB 57, 1200; BGH 38, 185 = NJW 63, 100 unter Berufung auf BGH 17, 1, 3; 33, 216, 219; Veith Betrieb 64, 907; LG Tübingen NJW 64, 1799
- (2) BGH 38, 185
- (3) ebenso Lukes Festschrift f. Hueck S. 472, 473
- (4) Betrieb 64, 907

- c) Auch unbillige und unangemessene Klauseln sollen von der Annahmeerklärung nicht umfaßt und also auch nicht **Vertragsinhalt** werden (1).

Dieses Mittel muß ebenfalls versagen, denn ob eine Klausel der Billigkeit entspricht oder nicht, muß an Hand eines bestimmten Maßstabes festgestellt werden. Dieser Maßstab kann aber logisch nicht dadurch gefunden oder bestimmt werden, daß sich die Unterwerfung auf die billigen Klauseln beschränkt, denn damit ist gerade noch kein Maßstab für die Billigkeit gefunden und das Problem hat nur scheinbar eine Lösung erfahren. Damit unbillige Klauseln erst gar nicht Vertragsinhalt werden können, müßten sie zuvor als solche erkannt und festgestellt werden.

Auch mit diesem Konstruktionsversuch kann man daher die unbilligen Klauseln nicht bekämpfen (2). Es fehlt der gesuchte Maßstab für die Unbilligkeit und es ist darüberhinaus ungeklärt, wer die Unbilligkeit der einzelnen Klauseln feststellen soll (3).

(1) Lintz BB 65, 172

(2) So auch Mroch aaO. S. 15; Hurst Diss. S. 44/45; a. A. anscheinend v. Nottbeck Diss. S. 59/60

(3) Vgl. dazu Mroch aaO. S. 15, auch Anm. 50

C. NEUERE LÖSUNGSVERSUCHE KRITISCH BETRACHTET

I. Allgemeines

Von neueren Versuchen, unbillige AGB abzuwehren, kann man schon seit 1935, seit dem Erscheinen von Raisers Habilitationsschrift über "Das Recht der AGB" sprechen. Von ihm wurden zuerst neue Wege und Möglichkeiten aufgezeigt, den unbilligen Klauseln Schranken dadurch zu setzen, daß die unbefriedigenden bisherigen Lösungen über §§ 138, 242 BGB und die Auslegung beiseite gelassen wurden. Ausgangspunkt aller neueren Lösungsvorschläge ist seitdem die Vertragsfreiheit (1). Von ihr ausgehend, werden ihre Grenzen mit Hilfe der verschiedensten Mittel abgesteckt, um die Handlungsfähigkeit der Unternehmer bei der Abfassung von AGB einzuschränken (2).

Dieser Ansatz ist richtig. Das Schuldrecht wird von der Vertragsfreiheit beherrscht (3). Sie wurde in der WRV in Art. 152 ausdrücklich garantiert und wird heute in Art. 2 I GG gewährleistet (4). Die Vertragsfreiheit umfaßt :

- a) Die Freiheit in der Wahl des Vertragspartners,
- b) die Abschluß-, Inhalts- und Formfreiheit und
- c) die Abänderungs- und Aufhebungsfreiheit (5).

-
- (1) Nörr Diss. S. 115; Raiser aaO. S. 277 ff; dagegen aber Flume DJT-Festschr. Bd. I, 168; vgl. auch schon die bei Michel aaO. S. 46 f. angeführten Entscheidungen
 - (2) Vgl. dazu Mroch aaO. S. 26
 - (3) Vgl. dazu schon Raiser aaO. S. 277 und Wieneke Diss. S. 52 ff; ferner Larenz I, 45 m. w. N.
 - (4) H. M. Reuss in Reuss-Jantz S. 24; einschränkend bejahen dies Laufke Lehmann-Festschr. I S. 162/163 und Maunz-Dürig GG-Komm. Art. 2 Rdnr. 11 b aa, 53; s. a. v. Nottbeck Diss. S. 75 m. w. N. in Anm. 2
 - (5) Vgl. dazu Laufke Lehmann-Festschr. I S. 145; Larenz I, 46 ff; ferner Hurst Diss. S. 87 ff. der den Inhalt des Begriffs der Vertragsfreiheit (S. 87 ff.) und die ideologischen (S. 91 ff.), soziologi-

Wie jede dem Einzelnen innerhalb einer Gemeinschaft gegebene Freiheit kann auch die Vertragsfreiheit keine absolute, sondern nur eine durch die Rechte der Anderen begrenzte Freiheit sein. Welche Maßstäbe es jedoch sind, mit deren Hilfe ein Verstoß gegen die Rechte Anderer und damit ein Überschreiten der Grenzen der Vertragsfreiheit festgestellt werden kann, ist noch nicht befriedigend geklärt, obwohl eine ganze Reihe von Vorschlägen gemacht worden ist.

II. Gemeinschaftsschädigender Gebrauch

Die Vertragsfreiheit des Einzelnen sei ihm nur "zugeteilt" im Dienste, nicht gegen die Gemeinschaft, meint Raiser (1), und aus der Bindung des Einzelnen an die Gemeinschaft ergebe sich, daß seine Verträge nicht ausschließlich seine und seines Vertragspartners Privatsache sind; dies gelte umso mehr, wenn AGB-Verträge abgeschlossen werden, weil an deren Inhalt das öffentliche Interesse lebhaft beteiligt sei (2). Von dieser gemeinschaftsbezogenen Vertragsfreiheit ausgehend, sieht Raiser die Grenzen der Vertragsfreiheit dann als überschritten an, wenn von ihr "ein der Gemeinschaft schädlicher, ihren Wertungen zuwiderlaufender Gebrauch" gemacht worden ist (3). Das Recht habe in seinem Bereich den Vorrang der Gemeinschaft vor den Sonderinteressen einzelner Personen oder Gruppen zu sichern.

schen (S. 99 ff.) und funktionellen (S. 114 ff.) Grundlagen der Vertragsfreiheit eingehend untersucht.

- (1) Raiser aaO, S. 277, 279, Inwieweit diese Auffassung der Vertragsfreiheit durch Raiser richtig ist, kann und soll hier nicht geklärt werden. Die Auseinandersetzung darüber, ob und welche Begrenzungen bzw. Bindungen für die Vertragsfreiheit bestehen, überschreitet den Rahmen und das Thema dieser Arbeit und erfordert eine besondere Darstellung. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß die Vertragsfreiheit heute durchaus nicht mehr als schrankenlos betrachtet wird, sondern daß sie insbesondere durch das Sozialstaatsprinzip, die Sozialpflichtigkeit u.ä. eingeschränkt sein soll (vgl. dazu auch unten C III).
- (2) Raiser aaO, S. 102, 283; daß dies nicht der Fall ist, wurde o. S. 17 ff. gezeigt. Siehe auch S. 37
- (3) Raiser aaO, S. 279

Wo und wie diese Geltungsgrenze im Einzelfall verlaufen soll, sagt Raiser nicht. Im Gegenteil verwirrt er den Leser damit, daß er später (1) nicht mehr auf die Wertungen der Gemeinschaft abstellt, sondern die dem Recht zugrundeliegenden Wertungen zur Abgrenzung der Vertragsfreiheit heranziehen will. Welcher Art diese Wertungen sein sollen, sagt Raiser nicht. Zweifellos können aber Wertungen des Rechts und Wertungen einer Gemeinschaft auseinanderklaffen. Vollends überrascht es, wenn Raiser (2) als letzten Ausweg den Rückgriff "auf die fundamentalen Grundsätze und Wertungen unseres Privatrechts" empfiehlt (3), ohne auch nur anzudeuten, von welchen "Wertungen" und "Grundsätzen" er dabei ausgeht und welche Wirkung diese auf die einzelne Klausel haben können. Daß auch Wertungen, die dem "Recht" zugrundeliegen, andere sein können als die Wertungen "unseres Privatrechts", versteht sich von selbst.

In diesen unklaren "Wertungen" Raisers können daher keine brauchbaren inhaltlichen Schranken der Vertragsfreiheit und damit der AGB gesehen werden.

III. Art. 20, 28 GG (Sozialstaatsprinzip)

Ebenfalls vom Allgemeininteresse geht Krause (1) bei seinem Lösungsvorschlag aus. Der Unternehmer, der AGB aufstellt, übernimmt nach seiner Meinung "im praktischen Ergebnis" die Rolle des Gesetzgebers und muß sich daher die gleichen Be-

-
- (1) Raiser aaO. S. 293; vgl. Lukes NJW 63, 1900
 - (2) Raiser aaO. S. 296
 - (3) Auf diese unterschiedlichen Vorstellungen geht v. Nottbeck Diss. S. 89 nicht ein.
 - (4) BB 55, 268. Er vermeidet zwar das durch die Vergangenheit belastete Wort "Gemeinschaft" und spricht dafür von dem "Gesamtinteresse" und der "Allgemeinheit", ohne damit aber etwas Anderes zu meinen.

schränkungen gefallen lassen (1). Wenn er eine auf Unterwerfung abgestellte normative Rechtsordnung schaffe, handle es sich dabei um die Inanspruchnahme sozialer Macht. Diese Ansammlung von sozialer Macht in Privathand müsse aber vom Staat kontrolliert werden; dies geschehe durch das Prinzip der Sozialstaatlichkeit, das hier zu einer Begrenzung der Vertragsfreiheit führe (2), denn Sozialstaatlichkeit bedeute nicht nur Pflicht zur ausgleichenden Regulierung des sozialen Lebens, sondern auch Überordnung des Staates über die sozialen Mächte.

Da verfassungsrechtliche Normen und "Grundsätze" in zunehmendem Maße im Privatrecht angewandt werden, dieser Entwicklung aber kritisch gegenübergestellt werden sollte, erfolgt die Behandlung des Sozialstaatsprinzips etwas ausführlicher als es vielleicht für die Lösung unseres Problems unbedingt notwendig ist. Diese Ausführlichkeit wird ferner gerechtfertigt durch die erheblichen Auswirkungen, die diese Auffassung im Vertragsrecht hervorrufen würde. Eine "Sozialbindung" der Vertragsfreiheit würde der Sozialbindung des Eigentums (3) entsprechen und der modernen Tendenz folgen, die liberal-individualistischen Rechtsbegriffe aufzugeben und dafür die

-
- (1) Vgl. Laufke Lehmann-Festschrift I S. 182; Nastelski DRZ 55, 214; Simitis, Gute Sitten S. 182/183
 - (2) Zustimmung Laufke Lehmann-Festschr. I, S. 186; Raiser JZ 58, 7 Anm. 43 a.E.; Mroch aaO. S. 40 m.w.N.; wohl auch Hurst Diss. S. 104 und v. Nottbeck Diss. S. 88, zu diesen vgl. o.S. 20; Dilcher NJW 60, 1042; wohl auch Hecklinger Diss. S. 57/58. Ebenso Reuss in Reuss-Jantz S. 24; Siebert in Soergel-Siebert BGB-Komm. Anm. 23 zu § 242 will aber das Sozialstaatsprinzip nur über § 242 BGB im Zivilrecht wirksam werden lassen, s.u. S. 46 Anm. 5; Simitis, Gute Sitten S. 183/184. Vgl. aber auch Wittkämpfer Betrieb 64, 687 insbes. die auf S. 689 in a)-c) von ihm erhobenen Forderungen. Ferner Raiser JZ 58, 5/6. Ablehnend Flume DJT-Festschr. Bd. I, 169 in Anm. 99
 - (3) Vgl. dazu v. Mangoldt-Klein Art. 14 GG Anm. II 5 und V 2 m.w.N.

rechtliche Gebundenheit des Einzelnen mit Eigentum (1) und (Vertrags- (2)) Freiheit an die soziale Gemeinschaft zu statuieren und so den liberalen Rechtsstaat durch einen "sozialen Rechtsstaat" zu ersetzen (3).

Eine solche Umorientierung des Begriffes der Vertragsfreiheit bedarf aber einer sorgfältigen Begründung, ehe sie akzeptiert werden kann. Da Krause eine solche Begrenzung der Vertragsfreiheit bei AGB durch das Sozialstaatsprinzip vertritt, muß seine Auffassung eingehend gewürdigt werden.

1. Krause glaubt (aaO.), es könne der Allgemeinheit gleichgültig sein, in wie großem Maße Einzelpersonen in Individualverträgen vom dispositiven Recht abweichen, solange sie nur nicht gegen zwingendes Recht verstoßen. Ganz anders aber werde das Allgemeininteresse berührt, wenn ein Unternehmer für eine unbestimmte Anzahl von Abschlüssen mit einer unbestimmten Zahl von Partnern AGB aufstelle.

Ein solches Interesse der Allgemeinheit an AGB besteht aber nicht. Vielmehr werden AGB erst dann interessant, wenn ein Einzelner einen AGB-Vertrag abschließt, Was kümmern den Bäcker die AGB der Stahl-, Auto-, Möbelwerke usw ? ! Die einzigen AGB, die ihn interessieren, sind die AGB der Mühle, von der er sein Mehl bezieht. Eine an allen AGB generell interessierte oder durch sie in ihren Interessen berührte Allgemeinheit gibt es nicht. Vielmehr trifft die übermäßige Abweichung vom dispositiven

-
- (1) Vgl. § 903 BGB mit Art. 14 II GG; ferner Baur in Soergel-Siebert Vorbem. zu § 903 BGB Rdnr. 3 (c), 14 ff. 18 ; s. a. Reinhardt in Festschr. f. Hueck S. 441 ff.
 - (2) Vgl. Reinhardt Festschr. f. Schmidt-Rimpler S. 115/116, wonach "der Vertrag nur im Dienste einer von sozialen Gedanken beherrschten Rechtsordnung seine Daseinsberechtigung" haben und - S. 132 - die Vertragsfreiheit wie alle Rechte und Pflichten des Privatrechts der Sozialpflichtigkeit unterliegen soll. Siehe auch v. Nottbeck Diss. S. 90 ff.
 - (3) Dazu vgl. auch Wolff Verw. R. I, 47 ff und Klein Zfdg Staatswissenschaft 106, 399

Recht den Kunden gleich hart, ob sie nun von einer Einzelperson "individuell" oder von einem Unternehmer durch AGB erfolgt. Sollen für den Kunden, der das "Glück" hatte, unbillige AGB akzeptiert zu haben, andere Maßstäbe gelten als für den Kunden, der die gleichen unbilligen Bedingungen in individuellen Verhandlungen annehmen mußte, weil der Unternehmer nur mit diesem Inhalt abschließen wollte ? Die Frage stellen, heißt sie verneinen. Zu ihr gelangt man nur deshalb, weil Krause schon von einer falschen Grundlage ausgeht.

2. Er sieht die Aufstellung von AGB als Schaffung einer normativen Rechtsordnung an (1) und muß von dieser Grundlage aus zwangsläufig zu falschen Folgerungen kommen. Dies umso eher, als er es unterläßt, die Begriffe, mit denen er arbeitet, zu definieren.
3. Wenn er sagt, bei der Aufstellung der AGB handele es sich um die Inanspruchnahme sozialer Macht, dann ist diese "soziale Macht" keineswegs schon durch den Zusatz, "d. h. einer Macht, die darauf angelegt ist, sich auf eine unbestimmte Vielzahl von Personen zu erstrecken", hinreichend definiert. Denn nahezu jede Macht ist darauf angelegt, sich über eine Vielzahl zu erstrecken. Erst durch die Erläuterung des Zusatzes "sozial" hätte diese "Macht" eine Klarstellung erfahren können. Dies wäre umso nötiger gewesen, als das "Sozialstaatsprinzip", das nach Krauses Auffassung bedeuten soll, "daß der Staat die beliebige Ansammlung solcher sozialen Macht in Privathand nicht einfach geschehen lassen darf", ebenfalls das Merkmal "sozial" enthält.

(1) S. o. S. 2, obgleich auch er davon ausgeht, daß der Geltungsgrund der AGB allein im Vertragsschluß liegt (aaO. S. 265).

4. Aber auch hier beim "Sozialstaatsprinzip", also bei dem Mittel, mit dem er alle Schwierigkeiten beseitigen und neue Inhaltsschranken für AGB setzen will, unterläßt es Krause, eine Definition zu geben oder auch nur zu versuchen. Er hätte dazu als erstes das Wort "sozial" näher erläutern müssen (a), dann die verschiedenen Auffassungen über den Sozialstaat darlegen und sich einer davon anschließen oder eine neue entwickeln (b) und nicht zuletzt nachweisen müssen, daß es so etwas wie ein Sozialstaatsprinzip überhaupt gibt (c).

a) Es wird schon in Zweifel gestellt, ob der Begriff "sozial" überhaupt einer juristischen Auslegung zugänglich ist (1). Forsthoff (2) stellt darauf ab, in welchem normativen und sachlichen Zusammenhang der Rechtsbegriff auftritt und meint, über die Bedeutung des Adjektivs "sozial" in den Art. 20 und 28 GG seien nur sehr allgemeine Feststellungen möglich. Er sieht in "sozial" eine Verweisung auf den Vorgang des Teilens, Verteilens und Zuteilens; der Begriff habe seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts einen polemischen, gegen die bestehende Güterverteilung gerichteten Sinn erhalten; "sozial" könne aber auch unpolemisch auf Bestehendes bezogen sein und "Institute, Begriffe und Rechtssätze meinen, die zu einer besseren Güterzuteilung von der sozialen Entwicklung hervorgebracht und zum Bestandteil unserer Rechtsordnung geworden" seien (3). Forsthoff kommt zu dem Schluß, daß das Adjektiv "sozial" für die juristische Begriffsbildung unbrauchbar sei (4), weil kein Wort vieldeutiger und dem Mißbrauch zugänglicher sei als gerade dieses (5).

(1) Dies verneint Herrfahrdt, Bonner Komm., Art. 79 Anm. II, 3; gegen ihn v. Mangoldt GG-Komm., 1. Aufl., Art. 79 Anm. 3

(2) VVDStRL 12, 24, 25

(3) Zusammenfassung in VVDStRL 12, 35 Leitsatz XI

(4) VVDStRL 12, 26, 27 m. Anm. 29

(5) Verfassungsprobleme des Sozialstaates S. 23

Sehr gründlich setzt sich Menger (1) mit dem Wort "sozial" auseinander (2). Er erfaßt es in drei Bedeutungsmöglichkeiten : ontologisch bedeute es soviel wie "Zusammenleben", ethisch "Rücksichtnahme" (3) und politisch "Daseinsvorsorge" (4).

Aber weder auf diese noch auf andere Deutungsversuche (5) des Wortes "sozial" geht Krause ein. Vielmehr operiert er sofort mit dem Begriff des "Sozialstaates".

- b) Aus den adjektivischen Formulierungen in den Art. 20 ("sozialer Bundesstaat") und 28 ("sozialer Rechtsstaat") des Grundgesetzes (6) entnimmt Krause (7), daß der gegenwärtige Staat "Sozialstaat" sein wolle. Was das rechtlich beinhaltet, sagt Krause nicht. Er beschränkt sich darauf, festzustellen, daß das "Wesen" des Sozialstaates umstritten sei (8). Mit dem "Wesen" meint er wohl die formelle und materielle rechtliche Qualität, die man dem Begriff "Sozialstaat" im Schrifttum beilegt. Diese ist in der Tat recht unterschiedlich (9).

(1) Der Begriff des sozialen Rechtsstaates S. 23 f.

(2) S. a. Gerber AöR 81, 27 ff.

(3) Vgl. Hecklinger Diss. S. 49

(4) Zustimmung insoweit Dürig AöR 79, 255

(5) Eine erschöpfende Aufzählung kann und soll hier nicht erfolgen.

(6) Nach Weisel Diss. S. 15 f. ist allein das in Art. 20 GG enthaltene Wort "sozial" relevant. Art. 28 GG enthält nur eine Wiederholung.

(7) BB 55, 268 m. Anm. 53

(8) Ebenso Laufke Lehmann-Festschrift I S. 185

(9) Zusammenstellungen finden sich bei Gerber AöR 81, 1 ff., Hamel aaO. S. 27, Reuss in Reuss-Jantz aaO., S. 8 f.; vgl. ferner Weisel Diss. S. 11 ff.; Hecklinger Diss S. 16 ff.; v. Mangoldt-Klein Anm. VII zu Art. 20 GG.

- aa) Während manche (1) die rechtliche Bedeutung auch dieses Begriffes verneinen, bemüht sich die Mehrzahl der deutschen Staatsrechtslehrer um eine Klärung dieses Begriffes (2).
- bb) Krüger (3) (behandelt den Sozialstaat nur kurz und) meint, das Grundgesetz bekenne sich zum Ideal des sozialen Staates (4). Sozialität sei eine Forderung, die das gesamte gesellschaftliche Leben meine.
- cc) Grewe (5) qualifiziert den "Sozialstaat" als substanzlosen Blankettbegriff ab, von dem es zweifelhaft sei, ob er überhaupt praktisch bedeutsame Rechtsfolgen erzeuge.
- dd) Nach Auffassung Forsthoffs (6) ist die Formel "sozialer Rechtsstaat" "ein Rechtsbegriff in dem Sinne, daß sie einen besonderen Rechtsstaatsbegriff von eigener, institutioneller Prägung und spezifischem materiellen Gehalt" bezeichne. Der Rechtsstaat werde zwar durch das sozialstaatliche Bekenntnis (7) in gewisser Weise inhaltlich determiniert, dieses (das sozialstaatliche Bekenntnis) habe aber keine institutionelle Bedeutung (8)

-
- (1) Z.B. Dehler, ohne nähere Angaben angeführt bei Peters im Staatslexikon unter "Sozialstaat" S. 394
 - (2) Hierzu sollte insbes. auch die Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer am 15. und 16. Oktober 1953 in Bonn dienen. Die dort gehaltenen Referate von Forsthoff und Bachof, sowie die Beiträge in der Aussprache zu diesen Berichten finden sich in Heft 12 der VVDStRL.
 - (3) DVBl. 51, 366
 - (4) Werner AöR 81, 87 spricht ebenfalls von einem "Sozialstaatsideal".
 - (5) DRZ 49, 351 und Der Arbeitgeber 51, 39 ff. (42)
 - (6) VVDStRL 12, 27, 36 Leitsatz XV
 - (7) Auch Naumann VVDStRL 12, 114 sieht im sozialen Rechtsstaat mehr ein "Bekenntnis" als eine "Erkenntnis"; vgl. Prost BB 55, 1034
 - (8) Forsthoff VVDStRL 12, 29

- ee) Wernicke (1) sieht in der Bestimmung des Art. 20 GG nur eine "programmatische Forderung in der Gestalt eines Bekenntnisses zum Sozialstaat." Die Verwirklichung der Sozialstaatlichkeit müsse der Gesetzgeber vornehmen (2).
- ff) Nach Anderen (3) soll der "soziale Rechtsstaat" mehr als nur Programm, nämlich eine bestimmte und verpflichtende Richtlinie für den Gesetzgeber und Gesetzesanwender sein.
- gg) Ähnliche Vorstellungen stehen hinter der Qualifizierung als Staatszielbestimmung (4), rechtsgrundsätzliche Zielbestimmung (5) und Leitgrundsatz.
- hh) Aber auch als Verfassungsgrundsatz ohne Aktualisierung wird er betrachtet (6), obwohl Andere ihn als Rechtsgrundsatz und Strukturprinzip der verfassungsrechtlichen Ordnung (7) oder als verfassungsgestaltende Grundentscheidung (8) ansehen.

-
- (1) Bonner Komm. Anm. II 1 d zu Art. 20 GG ; dagegen Reuss in Reuss-Jantz aaO. S. 17 f.
 - (2) Unter Berufung auf Ipsen Über das GG S. 14, 17 und Recht, Staat, Wirtschaft II, 186 ff.
 - (3) Pfeifer VVDStRL 12, 113; Abendroth VVDStRL 12, 90 Leitsatz 2 und Bergstraesser-Festschrift S. 291 f.; Fechner RdA 55, 161; v. Mangoldt-Klein Anm. VII 2 zu Art. 20 GG.
 - (4) ForsthoFF VVDStRL 12, 29, 36 Leitsatz XIV; Fechner RdA 55, 161; v. Mangoldt-Klein Anm. VII 2 b zu Art. 20 GG
 - (5) Ipsen Über das GG S. 14, 17 ; Klein Zfdg Staatswissenschaft 106, 400; ForsthoFF VVDStRL 12, 27; Krüger VVDStRL 12, 111; Bachof VVDStRL 12, 84 Leitsatz 28; Scheuner VVDStRL 11, 68 Leitsatz 6.
 - (6) Ipsen Über das GG S. 14 und VVDStRL 10, 74 f. , 80, 82
 - (7) Abendroth VVDStRL 12, 85, 90 Leitsatz 2
 - (8) Wolff Verw.R.I. 45 ff.; Weisel Diss. S. 16/17 ff., 37 ff. sieht darüberhinaus gleichzeitig Rechtsgrundsätze in ihm enthalten.

- ii) Als oberste und objektive Rechtssätze werten manche die Statuierung des "Sozialstaates". Hamel und Hueck=Nipperdey fassen die Grundsätze des Sozialstaates als unmittelbar verbindliches Verfassungsrecht (1) bzw. Verfassungsnorm (2) auf.
- kk) Die Sozialstaatsnorm wird ferner als Generalklausel verstanden (3), die nicht nur der Konkretisierung fähig, sondern selbst Konkretisierungsbasis sein soll (4).
- ll) Schließlich wird im Sozialstaatsgrundsatz auch eine Anspruchsgrundlage (5) gesehen und nicht nur eine geschichtsimmanente Macht der Jetztzeit, die von politischen Einzelprogrammen unabhängig ist (6).
- mm) In Bezug auf die Rechtsprechung wird allgemein (7) angenommen, daß der "Sozialstaatsgrundsatz" als Auslegungsgrundsatz heranzuziehen ist.
- nn) Als Inhalt wird ihm zugeschrieben, den wirtschaftlichen Ausgleich zwischen den verschiedenen sozialen Schichten unter Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für jedermann im Sinne ausgleichender Gerechtigkeit zu ermöglichen (8)

-
- (1) Hamel aaO. S. 36; s. dazu Reuss in Reuss=Jantz S. 10, 11 m. w. N.
 - (2) Hueck=Nipp. ArbR II, 33; von einer "Norm" spricht Müller Betrieb 56, 549, Huber I, 36/37 von einer "Grundnorm obersten Ranges".
 - (3) Müller Betrieb 56, 550
 - (4) Fechner RdA 55, 166 unter Berufung auf BVerfG 1, 97 ff (105)
 - (5) Hamel aaO. S. 36/37 m. w. N.; Fechner RdA 55, 161; Hueck=Nipp. ArbR II, 33; dagegen: Forsthoff VVDStRL 12, 27, Siebert RdA 58, 368; s. a. Reuss in Reuss=Jantz S. 11 m. w. N.
 - (6) So Werner AöR 81, 103
 - (7) Bachof VVDStRL 12, 37 ff.; Forsthoff DöV 59, 41 ff.; Klein Zfdg Staatswissenschaft 106, 400; Scheuner Recht, Staat, Wirtschaft III, 154; Fechner RdA 55, 161, 166; Müller Betrieb 56, 524-526; Laufke Lehmann-Festschrift I S. 185; Reuss in Reuss=Jantz S. 9, 29; BVerfG 1, 104; 4, 7 (16), 102; LSozG Bremen BB 57, 543
 - (8) Wernicke Bonner Komm. Anm. II 1 d zu Art. 20 GG; Hamel aaO. S. 23; Fechner RdA 55, 162; Müller Betrieb 56, 526; Huber I, 37

- oo) Endlich wird ihm auch eine ethische Forderung an den Einzelnen entnommen, "an der Gesamtaufgabe, an der Aufgabe der gemeinsamen Lebensbewältigung" teilzunehmen (1).

Auf diese Fülle von Vorstellungen (2) über formelle Rechtsnatur und materiellen Inhalt des "Sozialstaates" ist Krause nicht eingegangen (3). Er hatsich darauf beschränkt, festzustellen, daß um das "Wesen" des Sozialstaates ein großer Streit entbrannt sei, und hat dann ausgeführt, das "Prinzip der Sozialstaatlichkeit dürfte aber jedenfalls auch bedeuten, daß der Staat die beliebige Ansammlung sozialer Macht in Privathand nicht einfach geschehen lassen" dürfe.

- c) Krause geht also nicht nur von einer Vorstellung über den Sozialstaat aus, die er nicht mitteilt; er setzt auch ohne Begründung das Bestehen eines "Sozialstaatsprinzips" voraus, das er ebenfalls nicht definiert (4). Was unter einem solchen "Sozialstaatsprinzip" verstanden werden soll, ist rätselhaft (5). Als Rechtsbegriff wird es daher zurecht abgelehnt (6). Es muß Krause vorgehalten werden, daß er es

-
- (1) Fechner, Freiheit und Zwang S. 14 unter Verweisung auf Friesenhahn in Anm. 21; Fechner RdA 55, 166; Hueck-Nipp. ArbR II, 34; Hamel aaO. S. 23/24
- (2) Die darüberhinaus keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben kann.
- (3) Z. T. wird schon wegen der Unklarheit des S-P eine Begrenzung der Vertragsfreiheit durch das S-P abgelehnt; vgl. dazu Laufke Lehmann-Festschr. I S. 186 Anm. 164.
- (4) Die Behauptung, "das Prinzip der Sozialstaatlichkeit dürfte aber jedenfalls auch bedeuten..." kann in dieser vagen Formulierung keine Begriffsbestimmung darstellen.
- (5) Auch Müller Betrieb 56, 526 fragt vergebens nach dem "letzten Sinn" und der "letzten Funktion des Grundsatzes vom sozialen Staat" und stellt fest, alle Entscheidungen des BAG, in denen es das Sozialstaatsprinzip angerufen habe, hätten mit demselben Ergebnis auch ohne dessen Anwendung ergehen können; vgl. auch Hecklinger Diss. S. 31 ff., 53 f.
- (6) Klein Zfdg Staatswissenschaft 106, 403 f; vgl. Reuss in Reuss-Jantz S. 8

versäumt hat, das Sozialstaatsprinzip zu definieren und den Nachweis für seine Existenz zu erbringen, ehe er Folgerungen aus ihm ableitete (1). Das Ergebnis, das er auf diese mangelhafte "Methode" erzielt, spricht daher auch in seiner Formulierung für sich selbst: "Sozialstaatlichkeit bedeutet deshalb in bestimmten Zusammenhängen auch eine Begrenzung der Vertragsfreiheit."

5. Eine weitere Schwierigkeit auf dem Wege zu seinem Ergebnis umgeht Krause, wenn er schlicht sagt, die Grundrechten der Begrenzung der Vertragsfreiheit durch das Sozialstaatsprinzip nicht entgegen, weil die Vertragsfreiheit üblicherweise als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts (Art 2 I GG) angesehen werde, in dieser Verfassungsbestimmung aber die verfassungsmäßige Ordnung "und damit auch das Sozialstaatsprinzip ausdrücklich (!) als Schranke aufgeführt" werde.

Krause vermeidet auf diese Weise, auf die Probleme einzugehen, die sich daraus ergeben, daß ein verfassungsmäßig festgelegter "Sozialstaatsgrundsatz" nach h. M. (2) in erster Linie (3) dazu dient, den Staat zu verpflichten, im Sinne ausgleichender Gerechtigkeit den Bürgern ein menschenwürdiges Dasein und ein Existenzminimum zu sichern und das rechte Verhältnis zwischen den verschiedenen Bevölkerungsschichten herzustellen (4). Hierzu sollen auch die wirtschaftlichen Freiheitsrechte, (also auch die Vertragsfreiheit), durch freiheitsbegrenzende Gesetze insoweit eingeschränkt werden dürfen, als sie unabweisbar erforderlich sind, um den Grundsatz der sozialen Gerechtigkeit in der Rechtswirklichkeit durchzusetzen (5).

-
- (1) Ähnlich gehen auch Laufke Lehmann-Festschrift I S. 184 (4.) und v. Nottbeck Diss. S. 90 (2) vor; behutsamer und vorsichtiger Hurst Diss. 104 ff. insbes. 106 f.
 - (2) Hueck-Nipp. ArbR II, 33; Huber I, 37
 - (3) Andere Folgerungen s. o. S. 43
 - (4) Wernicke Bonner-Komm. Anm. II 1 d zu Art. 20 GG
 - (5) Huber I, 37, 663; Prost BB 55, 1034

Wenn also dieses "soziale Grundrecht" (1) oder diese "Verfassungsbestimmung" im Verhältnis Bürger-Staat gilt, so hätte es doch eingehender Ausführungen darüber bedurft, auf welche Weise und mit welcher Begründung dieses "Grundrecht" bzw. diese "Verfassungsbestimmung" im Privatrechtsverkehr Wirkungen soll entfalten können (2). Krause vermeidet es, auf die sog. "Drittwirkung der Grundrechte" einzugehen. Nur auf diese Weise aber könnte das Sozialstaatsprinzip - seine Existenz vorausgesetzt - seine Wirkung als Begrenzung der Vertragsfreiheit im Privatrecht (3) und somit für den sozial schwächeren Kunden gegen den sozial stärkeren Unternehmer, der sich der AGB bedient, entfalten.

- a) Eine Drittwirkung der Grundrechte soll auf zwei Arten möglich sein. Einmal sollen die Grundrechte unmittelbar im Verhältnis der Bürger untereinander gelten (4), zum anderen sollen sie nur mittelbar über die Generalklauseln des Privatrechts (insbes. §§ 138, 242 (5) 826 BGB) Wirkungen entfalten können (6).

-
- (1) Als ein solches wird es nach Auffassung Müllers Betrieb 56, 524 vom BAG angesehen; Müller schwächt es (aaO) zu einem "unechten" Grundrecht ab; vgl. dazu auch Röhl DVBl. 55, 182, 183
- (2) Auch Müller Betrieb 56, 549/550 geht hierauf nicht ein, ebenso wenig Fechner RdA 55, 166. Vgl. dazu auch Weisel Diss. S. 6 m, Anm. 1, S. 63 m, Anm. 3, der meint, Normadressat des Sozialstaatsgrundsatzes sei der Staat, mittelbar richte er sich aber auch an den Einzelnen, ohne hierfür eine nähere Begründung zu geben.
- (3) Dilcher NJW 60, 1041
- (4) So Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht S. 17; Hamel aaO. S. 20; vgl. dazu Simitis Gute Sitten S. 180 ff.
- (5) Über § 242 BGB will Siebert in Soergel-Siebert BGB-Komm. Anm. 23 zu § 242 das S-P als Schranke für die Vertragsfreiheit bei AGB wirken lassen.
- (6) So BVerfG 7, 198; vgl. dazu Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht S. 16 f.

- b) Eine Drittwirkung der Grundrechte - in welcher Art auch immer - ist aber abzulehnen (1). Ausschlaggebend dafür ist zwar nicht allein die historische Entwicklung (2) der Freiheits-, Menschen- und Grundrechte, aus der deutlich zu erkennen ist, daß sie gegen den Staat durchgesetzt werden mußten und gegen den Staat gerichtet waren. Gewichtiger ist die Überlegung, daß die Grundrechte ihrer Definition nach "unverzichtbare" Rechte sind (3).

Jeder Vertrag, durch den eine Person Pflichten übernimmt und sich dadurch dem anderen Vertragspartner gegenüber bindet, beschränkt aber ihre in Art 2 I GG geschützte unverzichtbare Handlungsfreiheit. Wollte man daher eine Drittwirkung der Grundrechte anerkennen, könnten wegen dieser Unverzichtbarkeit keine Verträge mehr geschlossen werden, da alle die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit des einzelnen Partners beeinträchtigen. Das gesamte Schuldrecht wäre damit aufgelöst. Um diese Konsequenzen, die er (4) sehr wohl erkennt, zu vermeiden, behauptet Laufke (5), eine Selbstbindung des Grundrechtsträgers, d.h. eine Selbstbeschränkung seiner Freiheitsrechte müsse möglich sein (6).

Eine solche Selbstbindung sei allerdings nur insoweit zulässig, als sie eine Beschränkung des Freiheitsrechtes darstelle; eine Bindung, die im Ergebnis einer Entäußerung des Freiheitsrechtes gleichkomme, weil sie es völlig seines Inhaltes beraube, sei dagegen unzulässig (7). Abgren-

-
- (1) Eine erschöpfende Übersicht der eine Drittwirkung Ablehnenden gibt wohl Leisner aaO. S. 309 ff. insbes. S. 310 Anm. 63; vgl. auch Reimers aaO. S. 14 ff., 18, 20
- (2) Laufke Lehmann-Festschr. S. 147 ff., 150; Reimers aaO. S. 20 1 c; a.A. Hamel aaO. S. 20/21
- (3) Leisner aaO. S. 149 f.
- (4) Ebenso wie Nipperdey Grundrechte und Privatrecht S. 20 und Reimers aaO. S. 19
- (5) Laufke Lehmann-Festschr. I. S. 168
- (6) Ebenso Nipperdey Grundrechte und Privatrecht S. 19
- (7) Ebenso Nipperdey Grundrechte und Privatrecht S. 20

zungskriterien hierfür gibt er nicht. Obwohl Laufke also die Unveräußerlichkeit der Grundrechte erkennt und anerkennt, zieht er daraus nicht den folgerichtigen Schluß, daß deshalb eine Drittwirkung unmöglich ist (1), sondern manipuliert ohne ausreichende Begründung den Begriff der Unverzichtbarkeit so, daß er eine Beschränkung, also einen Teilverzicht ermöglicht (2), und löst ihn damit auf.

c) Da eine Drittwirkung der Grundrechte somit abzulehnen ist, kann auch das Sozialstaatsprinzip - welchen Inhalt und welche rechtliche Qualität es auch immer haben mag - die Vertragsfreiheit des Einzelnen nicht begrenzen. Daß Krause nicht auf diese Frage eingeht, ist daraus zu erklären, daß er meint, das Sozialstaatsprinzip richte sich gegen den Staat (3), also auch gegen den Gesetzgeber und also auch gegen den Unternehmer als Schöpfer einer normativen Rechtsordnung und damit Quasi-Gesetzgeber. Auch hinter diesem Fehler steckt daher die Vorstellung von der Normqualität der AGB.

6. Dies wird besonders deutlich, wenn Krause (4) feststellt, die Einengung der Vertragsfreiheit durch das Sozialstaatsprinzip bedeute nicht, "daß nun jeder Vertrag auf seine Vereinbarkeit mit vielfältig schillernden (!) sozialen Grundsätzen zu prüfen" sei. Hier sollen vielmehr die Geltungsgrenzen des BGB weiter Gültigkeit haben. "Nur wenn der Boden des Einzelvertrages verlassen wird und mit der Absicht normativer Wirkungskraft für eine unbestimmte Vielzahl von Partnern und Geschäftsen Regeln aufgestellt werden," ist deren inhaltliche Gestaltung enger begrenzt. Aber nur, wenn man die AGB als "Normen" wertet (5) und den objektiven Rechtsnormen entsprechend behandelt, kann man bei der Prüfung ihrer Rechtsgültigkeit von den Grundsätzen ausgehen, die für die Gültigkeit

(1) Ebenso wenig Leisner aaO. S. 149 f., 151

(2) Vgl. auch Leisner aaO. S. 384 ff.

(3) Krause BB 55, 268

(4) Krause BB 55, 269

(5) S. o. S. 2 ff.

objektiver Rechtsnormen gelten (1), also vom Verfassungsrecht (2). Eine normative Wirkungskraft haben die AGB aber gerade nicht. Vielmehr folgt aus der rechtsgeschäftlichen Natur der AGB (3), die den Boden des Einzelvertrages nicht nur nicht verlassen, sondern allein auf ihm rechtserheblich werden können (4), daß die Frage ihrer Gültigkeit allein nach den Regeln über Rechtsgeschäfte zu entscheiden ist (5).

Aus den dargelegten Gründen (1-6) muß der Lösungsversuch Krauses, der auch auf die Rechtsprechung keinen Einfluß gewonnen hat, als gescheitert betrachtet werden.

IV. § 242 BGB (Billigkeit)

Einen völlig neuen Weg hat der BGH in seinem Urteil vom 29. Oktober 1956 (6) beschritten. In dieser Entscheidung hat er festgestellt, daß AGB (Lieferungsbedingungen) dann gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn ihre inhaltliche Gestaltung zu einer "rechtlich unhaltbaren, weil rechtlich unbilligen Belastung des Käufers" führt, die nicht hingenommen werden könne. Deshalb bestehen nach Ansicht des II. Zivilsenats des BGH "für den Inhalt der Lieferungsbedingungen gemäß § 242 BGH zwingende Schranken" (7).

In dem Urteil vom 29. September 1960 (8) hat derselbe Senat diese Auffassung bekräftigt und erklärt, Haftungsausschlüsse oder ihnen gleichkommende Haftungsbeschränkungen in AGB könnten "sehr wohl mit den Geboten von Treu und Glauben in Wi-

-
- (1) Falsch daher auch Mroch aaO. S. 40
 - (2) Vgl. dazu Nörr Diss. S. 103
 - (3) S. o.S. 10
 - (4) S. o.S. 9 , was auch Krause anerkennt!
 - (5) Vgl. Nörr Diss. S. 28
 - (6) BGH 22, 90 ff.
 - (7) BGH 22, 100; vgl. die ausführliche Besprechung dieser Entscheidung bei v. Nottbeck Diss. S. 67 ff.
 - (8) BGH 33, 216 ff.

derspruch stehen und daher nichtig sein" (1). Dabei soll es von entscheidender Bedeutung sein können, ob die sich diesen Bedingungen Unterwerfenden sich gegen Schäden versicherungsmäßig abdecken können und dies normalerweise auch tun" (2).

Im Urteil vom 29. Oktober 1962 (3) spricht der II. Zivilsenat zwar in den Gründen (4) mißverständlich davon, daß der Einwand der Haftungsbeschränkung nach § 242 BGB unzulässig sei, schließt aber mit der Begründung, daß die Haftungsbegrenzungsklausel wegen ihrer Unbilligkeit "insoweit der Wirksamkeit" entbehre. Im Leitsatz sagt er dafür um so deutlicher, eine in Allgemeinen Lagerungsbedingungen enthaltene Haftungsbegrenzungsklausel sei regelmäßig unwirksam, soweit die Haftung für einen durch den Verlust des Lagergutes entstandenen unmittelbaren Schaden auch in Fällen grober Fahrlässigkeit des Lagerhalters selbst oder seiner leitenden Angestellten beschränkt werde.

Wiederum der II. Zivilsenat des BGH hat am 17. Februar 1964 (5) entschieden, daß die Bestimmung des § 1 Abs. 1 der Allgemeinen Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransportes mit "Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht vereinbar und daher nichtig" sei. In dieser Klausel wird dem Einlagerer die Beweislast dafür aufgebürdet, daß eine Beschädigung der in der Obhut des Lagerhalters stehenden Güter vom Lagerhalter oder seinen Beauftragten verschuldet ist (6).

Dieser Rechtsprechung hat sich der VIII. Zivilsenat des BGH (7) ausdrücklich angeschlossen. Auch er sieht die Vertragsfreiheit

-
- (1) S. a. die Entscheidung des II. Senats v. 27. Okt. 1960, BGH 33, 364 ff., insbes. 371/2
 - (2) BGH 33, 216 Leitsatz 1; vgl. dazu unten S. 85
 - (3) BGH 38, 183 ff = NJW 63, 99
 - (4) BGH 38, 185
 - (5) BGH 41, 151 ff = BB 64, 411 = JZ 65, 26 ff m. Anm. von Plassmann
 - (6) BGH 41, 151 Leitsatz; vgl. unten S. 87
 - (7) Urteil vom 4. 11. 64 abgedruckt in NJW 65, 246 f. = BB 64, 1451; unklar noch im Urteil vom 9. 6. 59 abgedr. in BB 59, 720.

als durch § 242 BGB eingeschränkt an. Instanzgerichte (1) sind gefolgt.

Der Ausgangspunkt in diesen Entscheidungen ist die Überlegung, daß vorformulierte und für alle vorkommenden Fälle gleichgefaßte Vertragsbedingungen einer schärferen Nachprüfung als Individualverträge zu unterziehen seien. Ihre Inhaltsgrenzen sollen deshalb enger sein, weil der aufstellende Unternehmer nicht nur sein eigenes Interesse verfolgen dürfe, wenn er vom dispositiven Recht abweiche, sondern auch das der künftigen Vertragspartner und das der Allgemeinheit zu wahren habe (2).

Eine Unterscheidung zwischen der "generellen Regelung" der AGB und einem Individualvertrag ist aber nicht zu machen (3). Der Unternehmer darf in seinen AGB daher dieselbe Freiheit für sich in Anspruch nehmen wie jeder Rechtsfähige, der einen Vertrag schließt. Auch für ihn gelten daher nur die Grenzen der §§ 134, 138 BGB. Eine Begründung dafür, daß § 242 BGB ebenfalls eine Geltungsgrenze für Rechtsgeschäfte setzt, ist in den angeführten Entscheidungen nicht erbracht worden (4).

1. In § 242 BGB wird seinem Wortlaut nach nur geregelt, wie ein Schuldner seine Leistung zu erbringen hat. Seine Anwendung setzt also ein bestehendes Schuldverhältnis und somit bestehende Rechte voraus. Davon geht auch Weber (5) aus, selbst wenn er sagt, der Grundsatz von Treu und Glauben bestimme nicht nur das "Wie", sondern auch das "Ob" und "Was" der Leistung und setze damit auch eine Grenze für das Forderungsrecht des Gläubigers, die u. U. bis zum

-
- (1) LG Tübingen NJW 64, 1798 ff; LG Ravensburg NJW 65, 637 f.; dagegen stellen nur auf die Sittenwidrigkeit ab OLG Frankfurt/M. NJW 65, 588 und OLG Stuttgart BB 59, 868 f.; vgl. auch OLG Celle BB 60, 305
 - (2) Vgl. dazu auch v. Caemmerer JZ 53, 99
 - (3) S. o. S. 14 ff.
 - (4) Vgl. v. Nottbeck Diss. S. 72
 - (5) V. Staudinger-Weber § 242 BGB Anm. A 19

Wegfall des Gläubigeranspruchs führen können. Wegfallen kann aber nur etwas Bestehendes, etwas Geltendes. Gemeint ist daher hier wohl nur das Untersagen der unzulässigen Rechtsausübung (1), weil § 242 BGB bei Schuldverhältnissen nur dazu oder zur Leistungsverweigerung führen kann, nicht aber zur Unwirksamkeit des Schuldverhältnisses (2) oder eines Forderungsrechtes. Da § 242 BGB nur die Modalitäten der Vertragserfüllung regelt, kann er als Inhaltsschranke nicht herangezogen werden (3).

2. Die Vorschrift des § 242 BGB soll aber über ihren Wortlaut hinaus noch eine weitergehende Bedeutung haben, weil sie einen der Rechtsordnung immanenten Grundsatz zum Ausdruck bringe (4). Dennoch kann sie nicht aus Billigkeits-erwägungen in der Weise ausgedehnt werden, daß aus ihr Geltungsgrenzen für Rechtsgeschäfte zu entnehmen sind (5). Dies ist systematisch bedenklich (6) und darüberhinaus auch überflüssig, weil die geltenden Inhaltsschranken ausreichende Gewähr für eine wirksame Kontrolle bieten (7).

3. Die Billigkeit ist ferner zu unbestimmt, als daß sie als Inhaltsschranke dienen könnte. Billigkeitsentscheidungen sind rein subjektiv und daher willkürlich.

-
- (1) V. Staudinger-Weber § 242 BGB Anm. D 1 ff.
 - (2) Lukes Festschr. f. Hueck S. 467 Anm. 38
 - (3) Ebenso Brandner AcP 162, 247 ; a. A. aber Lintz WM 65, 33/34
 - (4) v. Staudinger-Weber § 242 BGB Anm. A 16 ; v. Nottbeck Diss. S. 72 m.w.N. in Anm. 2
 - (5) Dagegen auch Siebert in Soergel-Siebert § 242 BGB Rdnr. 3, 4 ; v. Nottbeck Diss. S. 72/73 ; Meeske BB 59, 861 insbes. 862/3 ; Lukes Festschr. f. Hueck S. 467/8 und NJW 63, 1897/8 und Brandner AcP 162, 246 ff. aber wegen "individueller" Charakterisierung der AGB! ; zustimmend aber Larenz I, 98 ; Meyer-Ladewig MDR 63, 726 ; vgl. auch Lintz BB 65, 172
 - (6) Vgl. Siebert in Soergel-Siebert § 242 BGB Rdnr. 3, 4 ; eingehend v. Nottbeck Diss. S. 73, 74 m.w.N. in Anm. 1
 - (7) S. u. S. 70 ff.

Aus diesen Gründen (1-3) kann in § 242 BGB keine Inhalts-
schränke für Rechtsgeschäfte und also auch nicht für AGB
gesehen werden. Die auf ihr beruhende Rechtsprechung ist
verfehlt.

V. § 315 BGB (Billigkeit)

Larenz geht bei seinem Lösungsvorschlag davon aus, daß bei
AGB-Verträgen die "Richtigkeitskontrolle des Aushandelns" feh-
le (1) und daher der Inhalt der Geschäftsbedingungen darauf über-
prüft werden müsse, ob er der Billigkeit entspreche. Es sei
der Schutzgedanke des § 315 BGB anzuwenden (2). Die Situation
des § 315 BGB sei deshalb gegeben, weil die Vertragsbedingun-
gen nicht ausgehandelt, sondern von einer Partei festgelegt wür-
den.

Die unmittelbare Anwendung des § 315 BGB ist nicht möglich (3),
weil sie von völlig anderen Voraussetzungen abhängig ist. Diese
Vorschrift enthält nur eine Auslegungsregel für Verträge, in de-
nen die Parteien vereinbart haben, daß ein Vertragspartner die
Leistung bestimmen soll (4). Der Vertrag muß also nach Ver-
tragsschluß noch in der Weise ergänzt werden, daß die zu
erbringende Leistung von einer Vertragspartei bestimmt wird.
Dies muß gem. § 315 I BGB im Zweifel nach billigem Ermessen
geschehen. Bei AGB-Verträgen ist aber der Vertragsinhalt - und
damit auch die Leistung - bei Abschluß des Vertrages schon durch
die im Angebot des Unternehmers enthaltenen AGB genau bestimmt.

-
- (1) Larenz I, 96 unter Verweisung in Anm. 6 auf Haupt ZAkDR 1943,
Enneccerus-Nipperdey AT II § 163 VI 4; Hefermehl in Soergel-
Siebert Rdnr. 64 zu § 138 BGB
 - (2) Larenz I, 96 f.; in der 1. Aufl. (1953) wurde von Larenz auch noch
§ 319 herangezogen. Seit der 2. Aufl. (1957) stützt er seine Ansicht
allein auf § 315 BGB. Zustimmend Flume DJT-Festschr. I S. 167
m. Anm. 95a, 169 und das Rechtsgeschäft S. 671 f.
 - (3) Lukes NJW 63, 1898; v. Nottbeck Diss. S. 84
 - (4) Reimer Schmidt in Soergel-Siebert § 315 BGB Rdnr. 1

Der II. Zivilsenat des BGH hat daher in seiner Entscheidung vom 20. Oktober 1962 (1) auch nur den in § 315 BGB enthaltenen Schutzgedanken zur Anwendung gebracht. Er folgt damit Larenz (2), der sich jetzt auf die Feststellung beschränkt, bei AGB-Verträgen läge faktisch eine Situation vor, die der in § 315 BGB vorausgesetzten ähnlich sei.

Worin jedoch der Schutzgedanke des § 315 BGB liegt und inwiefern er auf AGB-Verträge Anwendung finden kann, wird weder vom BGH, noch von Larenz gesagt. Nur Lukes (3) unternimmt den Versuch, diesen Schutzgedanken zu erfassen und seine Anwendbarkeit auf AGB-Verträge nachzuweisen.

1. Er geht dabei vom Normalfall des Rechtsgeschäfts aus, daß die Privatrechtssubjekte die ihnen zur Gestaltung ihres eigenen Rechtsbereichs "verliehene" Privatautonomie bei Vertragsschlüssen nutzen. Ein Rechtssubjekt könne aber kraft seiner Privatautonomie auch nur einen Teil eines Rechtsgeschäfts unmittelbar gestalten und die Regelung des anderen Teils einer anderen Person überlassen. Dieser andere bestimme dann den Rechtsgeschäftsinhalt kraft seiner eigenen und der ihm übertragenen Privatautonomiebefugnisse. Er sei hierin aber nicht völlig frei. "Sinn und Zweck des § 315 BGB" sei es nämlich hervorzuheben, daß die Bestimmung der Leistung nicht willkürlich, sondern nur in den Grenzen des billigen Ermessens geschehen könne. So gesehen, sei § 315 BGB "letztlich" nur die Klarstellung einer Grenze der Privatautonomie.

Schon die erste Schlußfolgerung, die Lukes aus § 315 I BGB zieht, ist falsch, § 315 I BGB enthält nur eine Auslegungsregel, die besagt, daß in dem Fall, daß laut Vereinbarung der Parteien ein Vertragspartner die Leistung bestimmen

(1) BGH 38, 183 ff. (186); s.o. S.50 Anm. 3

(2) Larenz I, 96/7 ; in der 3. Aufl. (1958) hatte Larenz I, 80 noch gesagt, bei AGB "liegt die Situation des § 315 BGB ... vor."

(3) Lukes NJW 63, 1899 f.

soll, im Zweifel (!) anzunehmen ist, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen getroffen werden muß (1). Das bedeutet, daß nur dann, wenn sich im Vertrag keine anderen Anhaltspunkte finden, der Bestimmende die Leistung nach billigem Ermessen festzusetzen hat. Die Vorschrift läßt also durchaus die Möglichkeit zu, daß im Rahmen des Vertrages eine Bestimmung der Leistung vorgenommen werden kann, die nicht dem billigen Ermessen entspricht (2). Die Ausübung der Privatautonomie findet dann ihre Grenze in den allgemeinen Vorschriften.

§ 315 I BGB schreibt daher keineswegs vor, daß die Bestimmung der Leistung stets dem billigen Ermessen entsprechen müsse. Er setzt als Auslegungsregel keine allgemeine Geltungsgrenze für die Privatautonomie. Nur wenn im Vertrag eine Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen vereinbart wurde, überschreitet der Bestimmende beim Zuwiderhandeln diese besondere Grenze seiner Privatautonomie. Allein in diesem Fall tritt die Nichtigkeit gem. § 315 III 1 BGB ein und allein in diesem Falle geht der die Leistung unbillig Bestimmende der ihm rechtsgeschäftlich übertragenen Privatautonomiebefugnisse verlustig. Er kann dann das Rechtsverhältnis nicht mehr gestalten, dies erfolgt durch einen Gestaltungsakt des Gerichts (3).

Lukes verallgemeinert unzulässig einen Tatbestand, der in § 315 BGB selbst als Sonderfall behandelt ist. Nur wenn es den vertraglichen Abreden zuwiderläuft, ist das Bestimmen einer Leistung, das nicht dem billigen Ermessen entspricht, rechtswidrig und nichtig.

Den von ihm fälschlich dem § 315 BGB entnommenen Schutzgedanken, daß derjenige, der fremde Autonomiebefugnisse übertragen erhalten hat, diese niemals willkürlich, sondern

(1) S. a. Wittkämpfer Betrieb 64, 687 ff. (688)

(2) Das erkennt auch Lukes NJW 63, 1899

(3) Dagegen aber in Bezug auf AGB Flume DJT-Festschr. I S. 170; dafür Etzler Diss. S. 119

stets nur in den Grenzen des billigen Ermessens ausüben dürfe, überträgt Lukes auf AGB-Verträge.

2. Hierfür sei zunächst erforderlich, daß der Sachverhalt des § 315 BGB dem Sachverhalt bei AGB-Verträgen zumindest entspreche. Zwar muß Lukes zugeben, daß nach der "formellen Rechtskonstruktion" die AGB durch übereinstimmende Willenserklärungen zum Inhalt des Einzelrechtsgeschäftes werden. "Materiell gesehen" sei jedoch der Wille des Kunden von dem Aufsteller der AGB "derart motiviert, daß die Einführung der AGB und damit insoweit auch die Inhaltsfestlegung des Einzelrechtsgeschäfts praktisch (!) durch den Aufsteller der AGB erfolgen." Daher werde, so folgert Lukes, bei AGB-Verträgen der Inhalt zwar nicht aufgrund einer rechtlichen Ermächtigung nachträglich bestimmt, wohl aber werde gleichzeitig mit dem Vertragsschluß aufgrund einer tatsächlichen Einflußnahme auf den anderen Geschäftspartner der Vertragsinhalt einseitig festgelegt (1).

Es ist zwar richtig, daß der Inhalt von AGB-Verträgen von dem einen Vertragspartner, dem Unternehmer, bestimmt wird; Gültigkeit erlangt dieser "Inhalt" aber nur durch die Zustimmung des Kunden, also durch Konsens. Eine tatsächliche Einflußnahme auf den Kunden hätte dabei höchstens Bedeutung für den Anwendbarkeit des § 123 BGB.

Die Sachverhalte, die unter § 315 BGB fallen, lassen sich eben nicht mit denen der AGB-Verträge vergleichen. Bei diesen nimmt ein Vertragspartner ein inhaltlich genau (durch AGB) bestimmtes Vertragsangebot an und akzeptiert damit den Vertragsinhalt. Im Falle des § 315 BGB dagegen hat sich ein Vertragspartner verpflichtet, die Leistung des bereits abgeschlossenen Vertrages zu bestimmen; der andere hat keinen Einfluß mehr auf die Gestaltung des Vertragsinhaltes. Da sich somit schon die Sachverhalte nicht ähneln, können auch die Interessen in beiden Fällen nicht gleich liegen, wie Lukes weiterbehauptet.

(1) So auch Flume DJT-Festschr. I S.167 und Etzler Diss. S. 117

3. Bei AGB-Verträgen sei der Vertragspartner der inhaltlichen Bestimmung infolge der wirtschaftlichen Machtstellung des Unternehmers ausgesetzt; im Falle des § 315 BGB sei der eine Vertragspartner der Inhaltsbestimmung durch den anderen deshalb ausgesetzt, weil er diesem die Möglichkeit dazu durch rechtsgeschäftliche Erklärung verliehen habe. Hierin könne aber kein erheblicher Unterschied liegen, weil in beiden Fällen der den Inhalt bestimmende eine stärkere Rechtsstellung habe als der andere. Das Gesetz habe in § 315 BGB als Schranke für die Bestimmungsmacht das billige Ermessen des Bestimmenden festgelegt. Diese Wertungsgesichtspunkte seien auch bei AGB-Verträgen angebracht. Die Privatautonomiebefugnisse bei der einseitigen Gestaltung des Vertragsinhalts von AGB-Verträgen müßten daher ebenfalls durch die Billigkeit abgegrenzt werden.

Lukes übersieht (1) dabei einmal, daß bei AGB-Verträgen der Inhalt vereinbart wird, zum anderen aber auch, daß die Inhaltsbeschränkung gem. § 315 BGB nicht deshalb durch die Billigkeit erfolgt, weil der Bestimmende eine stärkere Rechtsstellung als der andere Vertragsteil hat, sondern weil er sich nach dieser Auslegungsregel dazu verpflichtet hat, den Inhalt der Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen.

Weder die Sach- noch die Interessenlage beider Fälle läßt sich vergleichen. Die Rechtsfolge des in § 315 BGB behandelten Sonderfalls kann nicht auf AGB-Verträge angewandt werden.

Aus den dargelegten Gründen muß das Ergebnis von Lukes (2), die Anwendung des Schutzgedankens von § 315 BGB auf AGB-Verträge erscheine gerechtfertigt, abgelehnt werden (3).

(1) Ebenso wie Flume DJT-Festschr. I S. 169

(2) Lukes NJW 63, 1900

(3) Vgl. auch die Bedenken, die Wittkämper Betrieb 64, 688/9 äußert.

Die Urteile, die sich auf den Schutzgedanken des § 315 BGB stützen (1) oder § 315 analog anwenden (2), sind insoweit ebenfalls zu verwerfen.

VI. Dispositives Recht

Das dispositive Recht wird als Waffe im Kampf gegen unbillige AGB auf zwei Arten verwandt. Einmal soll es unmittelbar die Vertragsfreiheit beschränken (1.), zum anderen dient es als Hilfe bei der Billigkeit der AGB (2.).

1. Die Sätze des objektiven Rechts werden u. a. danach unterschieden, ob sie abdingbar oder zwingend sind. Bei einem Verstoß gegen zwingende Normen ist ein Rechtsgeschäft gem. § 134 BGB nichtig. Das Schuldrecht enthält nur wenige zwingende Rechtssätze, weil der Gesetzgeber die vielfältigen Vorgänge des Wirtschaftsverkehrs nicht in ein starres System zwingen wollte und konnte, wie es etwa im Sachenrecht möglich und nötig ist. Vielmehr sollen die Vertragspartner die Möglichkeit haben, den Inhalt ihrer Verträge den Erfordernissen des Einzelfalles anzupassen. Die Gestaltungsfreiheit und damit die Vertragsfreiheit (3) ist aber nicht schrankenlos.

- a) Nach Ansicht von Nipperdey (4) haben auch die nach der normalen Interessenlage der Parteien vom Gesetzgeber geschaffenen dispositiven Gesetzesvorschriften eine bestimmte Ordnungsfunktion (5) und verlangen Respekt.

(1) LG Tübingen NJW 64, 1798 ff (1799) unter Berufung auf Larenz, Lukes und BGH NJW 63, 100;

(2) LG Ravensburg NJW 65, 637 f. (638)

(3) S.o. S. 33/34

(4) Enneccerus-Nipperdey AT I, 301; II, 1011 f.; Nipperdey DRZ 50, 198

(5) Zustimmend Mroch aaO. S. 39 m. umfangr. N. in Anm. 161

Dabei verkennt er, daß die dispositiven gesetzlichen Bestimmungen im Gegensatz zum *ius cogens* deshalb keinen "Respekt" verlangen können, weil ihre Befolgung nicht durch § 134 BGB geschützt ist. Eine "Ordnungsfunktion" können sie schon deshalb nicht haben, weil sie nur subsidiär gelten.

- b) Nipperdey folgert, die Parteien dürften deshalb nur dann vom dispositiven Recht abweichen, wenn dafür "triftige sachliche Gründe" gegeben sind. Dies sei etwa der Fall bei einer besonderen, vom Gesetz nicht zugrundegelegten Sach- und Interessenlage. Die Änderung der dispositiven Vorschriften müsse durch die *rule of reason* gerechtfertigt sein. Lange (1) fordert einen billigen Grund, eine "*iusta causa*." Nicht das freie Belieben der Parteien dürfe beachtet werden, sondern nur das billige Ermessen. Hurst (2) meint schließlich, vom Gedanken der Richtigkeit des sozialen Konnexes her gesehen, als dessen Urbild er den Vertrag betrachtet (3), bedürfe das Abgehen vom dispositiven Recht einer "inneren Rechtfertigung".

Diese Ansichten sind unzutreffend. Das dispositive Recht stellt lediglich für den Fall, daß die Vertragsparteien von der Möglichkeit, ihre Rechtsverhältnisse selbst zu ordnen, keinen Gebrauch machen, eine solche Regelung aber dennoch notwendig erscheint, eine ergänzende Regelung auf (4). Diese gilt also überhaupt nur dann, wenn die Parteien nichts Anderes vereinbart haben, sie gilt also nur subsidiär (5). Der

-
- (1) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht S. 62/3; dazu Hurst Diss. S. 84
- (2) Hurst Diss. S. 130, 135, 138; vgl. Nörr Diss. S. 111/112
- (3) Hurst Diss. S. 151
- (4) Dies bringt Nipperdey in Enn-Nipperdey AT I 301 selbst zum Ausdruck
- (5) Raiser aaO. S. 293; Gallois NJW 54, 294; Fröhlich Diss. S. 4; gegen ihn Hurst Diss. S. 84; s. a. Kunze aaO. S. 120 f., 122 ff.

Gesetzgeber geht somit gerade davon aus, daß im Regelfall vom dispositiven Recht abgewichen wird. Er gestattet es den Parteien, ihre Rechtsbeziehungen ganz anders zu regeln, als dies nach dispositivem Recht vorgesehen ist. Der Gestaltungswille des Gesetzgebers tritt hinter den Parteiwillen zurück (1).

Das Erfordernis, die Abänderung des dispositiven Rechts im Vertrag zu rechtfertigen, bedeutet aber, daß die Änderung rechtswidrig ist, wenn nicht besondere ("triftige") Rechtfertigungsgründe ("iusta causa"!) dafür vorhanden sind. Diese Auffassung verkennet also die Bedeutung und "Funktion" des dispositiven Rechts und widerspricht der Vertragsfreiheit. Sie ist daher abzulehnen.

- c) Nipperdey fährt fort, die Abänderung dürfe unter Berücksichtigung der Besonderheiten des im Vertrag geregelten Sachverhaltes nicht unangemessen sein und keinen "groben Verstoß" gegen die vom Gesetzgeber im dispositiven Recht aufgestellten Wertmaßstäbe enthalten, insbesondere nicht die vom Gesetz gewollte Ordnung der Rechtsbeziehungen in ihr Gegenteil verkehren. Diese Grundsätze trafen den "Kern der Sache" besser als die Regel des § 138 BGB.

Auch Nörr (2) spricht sich gegen die Anwendung des § 138 BGB als Inhaltsbegrenzung aus und meint, es sei vielmehr nötig, auf die "elementaren Grundsätze" unserer Rechtsordnung zurückzugreifen, wenn das dispositive Recht "mittels der AGB generell und unter Zwang in sein Gegenteil verkehrt werde."

Aber weder die von Nipperdey aufgestellten, noch die von Nörr nicht näher definierten "Grundsätze", son-

(1) Hurst Diss. S. 15 m. Anm. 1

(2) Nörr Diss. S. 112, 113

dem allein die gesetzlichen Vorschriften (1), also auch § 138 BGB, sind als Schranken für die Abänderung des dispositiven Rechts, also als Schranken für die Vertragsfreiheit anzusehen. Nicht schon jede Abweichung vom dispositiven Recht (2) und auch nicht eine bloß "unangemessene", vom "Normalfall" des Gesetzes abweichende Klausel eines AGB-Vertrages ist nichtig (3), sondern allein die gegen allgemeine gesetzliche Vorschriften verstößende Abänderung.

- d) Nipperdey (4) verlangt eine Geltung seiner Grundsätze besonders für AGB (5), die er auch schon vor Vertragsschluß als existent ansieht. Hier werde für eine Vielzahl von Einzelverträgen ein von den dispositiven Normen abweichendes Recht geschaffen. Alle Verträge nach diesen vom Gesetz abweichenden "Regeln" zu ordnen, könne nur gerechtfertigt sein, wenn sachliche Gründe vorliegen, die die besondere Gestaltung rechtfertigen und wenn die oben genannten Grenzen eingehalten würden. Einseitig in den Vertrag eingeführten unangemessenen Bestimmungen müsse auch dann die Geltung versagt werden, wenn sie nicht gegen § 138 BGB verstießen (6).

-
- (1) Hurst Diss. S. 83 unter Zitieren von Fröhlich, s. aber auch S. 130 ff!; v. Brunn aaO. S. 94
- (2) H.M. Raiser JZ 58, 7; Fischer BB 57, 486
- (3) Undeutlich Meeske BB 59, 861: unbillige Abweichungen von den Wertmaßstäben des Gesetzgebers machten AGB unanwendbar, unter Berufung auf Nipperdey, Krause, Raiser, Larenz
- (4) Vgl. auch schon in DRZ 50, 198
- (5) Vgl. hierzu schon Raiser aaO. S. 293 ff.; Brandt DRW 40, 76 ff m.w.N.; ferner v. Nottbeck Diss. S. 81 ff.; Lukes, Hueck-Festschr. S. 469 ff.
- (6) Vorsichtig zustimmend Lukes Hueck-Festschr. S. 470

Auch sein Doktorand Hurst (1) meint, die Rechtsprechung sei bei der Kontrolle des vertraglichen Handelns nicht mehr auf die allgemeinen Schranken der §§ 134, 138 BGB beschränkt, sondern könne und müsse im Falle einseitiger Festlegung von Vertragsordnungen jene Kontrolle übernehmen, die durch Ausschaltung des Kundenwillens als der Richtigkeitsgewähr im Vertragsmechanismus dem dispositiven Recht erwachsen sei.

Das dispositive Recht setzt aber, wie dargelegt wurde, keine Geltungsschranke für die Vertragsfreiheit. Die "Grundsätze" Nipperdeys können daher auch keine Anwendung auf AGB-Verträge finden. Dies umso weniger als diese Anwendbarkeit mit den als falsch nachgewiesenen Behauptungen begründet wird, die AGB seien "Regeln" (2), (unangemessene) AGB-Klauseln würden einseitig in den Vertrag eingeführt (3) und es gebe einen Unterschied zwischen Individual- und AGB-Verträgen, der es notwendig mache, an AGB-Verträge einen strengeren Maßstab anzulegen (4).

Das dispositive Recht ist daher als Inhaltsschranke für unbillige AGB nicht verwendbar.

2. Lösungsvorschläge, die die Inhaltsbegrenzung der AGB anhand der Billigkeit vornehmen wollen, sei es mit Hilfe des § 242 BGB (5) oder des § 315 BGB (analog) (6) verwenden das dispositive Recht als Hilfe für die Feststellung, wann AGB unbillig und damit nichtig sind (7). Ob die Regelung in den AGB der Billigkeit entspricht, soll davon abhängen,

-
- (1) Hurst Diss. S. 141
(2) S. dazu o.S. 2 ff.
(3) Hurst Diss. S. 141 ; s. dazu o.S. 9 ff.
(4) Vgl. LG Ravensburg NJW 65, 637; s.o. S. 14 ff.
(5) S.o. S. 49 ff.
(6) S.o. S. 53 ff.
(7) Z.B. Flume DJT-Festschr. Bd. I, 170; s. dazu auch Lukes NJW 63, 1900 m.w.N. in Anm. 34

ob die für den Aufsteller vorgesehenen Pflichten in einem angemessenen Verhältnis zur Rechtsstellung des Kunden stehen (1).

Da jedoch die Billigkeit weder nach § 242 BGB, noch nach § 315 BGB (analog) geeignet ist, die Vertragsfreiheit zu begrenzen, braucht auf diese Erwägungen nicht eingegangen zu werden, obwohl sie bei richtiger Anwendung zur Lösung der Problematik beitragen können (2).

VII. Exkurs

Die mannigfachen Lösungsvorschläge sind nicht ohne Einfluß auf die Rechtsprechung geblieben. Diese hat sich jedoch oftmals nicht darauf beschränkt, eine Lösung zu akzeptieren und wohlbegründet zu übernehmen, sondern meist mehrere Lösungsvorschläge miteinander verbunden und ihren Entscheidungen zugrundegelegt (3). Hierbei kommen nicht selten Begründungen zustande, die höchst anfechtbar sind, weil sie methodisch unsauber erarbeitet wurden. Aus der neueren Rechtsprechung sollen zwei Beispiele aufgeführt werden, um die Rechtsunsicherheit deutlich zu machen, die die Folge des Fehlens einer überzeugenden Klärung unseres Problems ist.

1. Das LG Ravensburg (4) entschied am 24.1. 1964 über die Wirksamkeit einer AGB-Klausel. Der Leitsatz des Urteils lautet :

"Eine in AGB enthaltene Vertragsklausel, die generell jeden Käufer von Waren verpflichtet, mindestens 40 % des Kaufpreises zu zahlen, auch wenn er wegen einer über ihn erteilten schlechten Auskunft keinerlei Ware

-
- (1) LG Tübingen NJW 64, 1799/1800
 - (2) S. u. S. 82 ff.
 - (3) S. dazu auch Lukes Hueck-Festschr. S. 465 mit Beispielen aus der älteren Rspr. in Anm. 23
 - (4) NJW 65, 637 f.

erhielt, wahrt ganz einseitig die Belange des Verkäufers und läßt die Interessen des Käufers völlig außer Betracht. Eine derartige Klausel ist mithin in Anwendung der §§ 138, 242, 315 BGB nicht verbindlich."

Der Leitsatz läßt zwar erwarten, daß die Entscheidung auf die Verletzung der §§ 138, 242, 315 BGB gestützt wird, doch schon die ersten beiden Sätze der Begründung lassen daran Zweifel aufkommen.

"Ziff. 7 der AGB ist unwirksam. Sofern diese Bestimmung nicht schon gem. § 138 BGB als nichtig anzusehen ist, muß sie nach § 242 BGB und (oder) in entsprechender Anwendung des § 315 BGB für nicht verbindlich erachtet werden."

Hier wird in den Gründen eine Alternativentscheidung sichtbar, die nicht nur hilflos zwischen den §§ 138, 242 und 315 BGB schwankt, sondern plötzlich den § 315 BGB auch nur noch analog anwenden will. Zunächst wird festgestellt, daß eine solche Klausel wohl in einem Individualvertrag möglich sein können, an einen AGB-Vertrag aber strengere Maßstäbe angelegt werden müßten.

Wer durch AGB die abdingbaren Rechtssätze des Bürgerlichen Rechts ausschließe, handle schon dann sittenwidrig, wenn die von ihm aufgestellte Ordnung seine Interessen einseitig bevorzuge und die Interessen seiner (künftigen) Vertragsgegner beiseite schiebe. Dann folgt die erste Begründung der Entscheidung :

"Soweit der Verstoß gegen die guten Sitten reicht, sind die Geschäftsbedingungen nach § 138 BGB nichtig." Wieweit das aber der Fall ist, stellt das LG hier nicht fest, sondern fährt fort : "Der gesamte Rechtsverkehr steht unter dem Grundsatz von Treu und Glauben. Demnach (!) muß dieser Grundsatz auch die Grenzen der Vertragsfreiheit bestimmen. Offenbar unbillige Geschäftsbedingungen sind daher unwirksam (§ 242 BGB.)" Es findet sich jedoch keine Begründung für die Anwendbarkeit des § 242 BGB als Inhaltsschranke. Das LG fährt dann

fort : "Wer den Vertragsinhalt durch Aufstellung allg. GB einseitig festzusetzen sich anmaßt (!), hat dabei "nach billigem Ermessen" zu handeln. Er muß also die Interessen der Gegenpartei entsprechend berücksichtigen. Eine Vertragsbestimmung, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist gem. § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB (analog) nicht verbindlich." Als Begründung wird nur das LG Tübingen (1) angeführt. Nach diesen unbefriedigenden theoretischen Erörterungen folgt die Nutzenanwendung für den Fall, Das LG Ravensburg stellt fest, daß die erwähnte Klausel "ganz einseitig die Belange des Verkäufers wahrt und die Interessen des Käufers völlig außer acht läßt (§ 138 BGB); daß sie grob unbillig und deshalb mit Treu und Glauben nicht vereinbar ist (§ 242 BGB); daß sie nicht billigem Ermessen entspricht (§ 315 BGB)" (auf eine analoge Anwendung wird hier wie im Leitsatz verzichtet) : "all das liegt auf der Hand und bedarf daher keiner weiteren Ausführung." Das LG schließt aber hiermit seine zweite Begründung noch nicht ab, sondern stellt die Sittenwidrigkeit noch einmal besonders "aus der Eigenart des Teilzahlungsgeschäfts mit Haushaltsgeräten und aus den Besonderheiten der Käuferschicht (fest), an die sich die Klägerin mit ihren Geschäftsbedingungen wendet." Nachdem dies lang und breit erörtert worden ist, folgt die dritte Begründung :

"Daß derlei Praktiken und demnach auch die sie ermöglichenden Klauseln in AGB gegen das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" (Zitate) verstoßen, kann keinem Zweifel unterliegen. Die Ziff. 7 der von der Klägerin aufgestellten AGB muß daher gem. § 138 BGB für nichtig angesehen werden."

Somit hat es den Anschein, als sei die Entscheidung letztlich allein auf § 138 BGB gestützt worden. Warum dann noch § 242 und § 315 BGB (z. T. nur analog) herangezogen worden sind, ist unerfindlich. Diese in sich widersprüchliche Entscheidung kommt mit den Lösungsvorschlä-

gen für die Inhaltsbegrenzung der AGB offensichtlich nicht zurecht und will alle neueren Gesichtspunkte verwerten, ohne sie aber rechtlich exakt zu verarbeiten.

2. Ähnlich schwankend ist die Begründung, die das OLG Hamburg (1) in seinem Urteil vom 5.12.1963 gibt. Der Leitsatz lautet zwar eindeutig :

"Lieferbedingungen, die anordnen, daß im Verhältnis von Verkäufer und Käufer auch die Bedingungen des Lieferanten des Verkäufers gelten, sind wegen Sittenwidrigkeit unwirksam." Auch die Begründung schließt mit der eindeutigen Feststellung :

"Vertragsbedingungen, die den genannten zu mißbilligenden Effekt haben, sind wegen Sittenwidrigkeit nichtig."

Aber in den Gründen wird die Unsicherheit des Gerichts doch deutlich, wenn es sagt :

"Die Ziff. 7 der Verkaufsbedingungen der Klägerin ist als sittenwidrig nach § 138 BGB nichtig. Zumindest ist sie, weil die Klägerin mit ihr gegen Treu und Glauben verstößt, unbeachtlich."

Das Gericht glaubt, es nicht beim Heranziehen des § 138 BGB bewenden lassen zu dürfen, sondern auch den Gesichtspunkt von Treu und Glauben heranziehen zu müssen. Dieser dient dabei als Ersatzbegründung ("zumindest"), obwohl das Gericht seine Wirkung nur ungenau formuliert. "Unbeachtlich" deutet zwar darauf hin, daß nur ein Einwand nach § 242 BGB gegeben werden soll, doch hätte sich eine deutlichere Abgrenzung gegenüber der vom BGH (22, 90 ff) für möglich gehaltenen Nichtigkeit nach § 242 BGB empfohlen.

(1) NJW 64, 500 f.

VIII. Lösungsvorschläge de lege ferenda

Neben den Versuchen, unbillige Klauseln in AGB durch eine Inhaltsbegrenzung mit Hilfe der geltenden Gesetze zu verhindern, werden auch Vorschläge unterbreitet, die eine Lösung dieses Problems durch den Gesetzgeber verlangen (1).

Da solche Vorschläge aber nur dann sinnvoll sind (2), wenn eine Lösung durch das geltende Recht nicht gefunden werden kann, dies aber - wie noch zu zeigen sein wird (3) - durchaus möglich ist, braucht auf sie nur kurz hingewiesen zu werden. Eine Auseinandersetzung mit ihnen ist nicht erforderlich. Folgende Vorschläge werden u.a. gemacht :

1. Selbstkontrolle der Wirtschaft durch Heranziehen der von den AGB betroffenen Kreise oder einer (Verwaltungs-) Behörde des Staates beim Aufstellen der AGB.
2. Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Notare.
3. Register und "schwarze Listen".
4. Gutachten durch Industrie- und Handelskammern.
5. Verstärkung des dispositiven Rechts (4)
 - a) durch halbzwingende Normen ;
 - b) durch Normen, die nur durch Einzelvertrag, nicht aber durch AGB abgeändert werden können;

-
- (1) Vgl. den Bericht, den Westermann NJW 63, 1586 ff. über entsprechende Bestrebungen in Holland gibt.
 - (2) Eine ausführliche Zusammenstellung findet sich bei Mroch aaO. S. 28 ff, auf die hier im Wesentlichen zurückgegriffen wird. Vgl. dazu aber auch den Tadel von v. Brunn AcP 159 (1961), 549. Vgl. ferner Lukes Festschr. f. Hueck S. 463
 - (3) S. u. S. 70 ff.
 - (4) Meyer-Ladewig MDR 63, 726 fordert zwingendes Recht; gegen ihn Schoreit MDR 64, 206 f.

- c) durch eine Generalklausel, die für AGB das dispositive Recht grundsätzlich zwingend gestaltet ;
 - d) durch die Pflicht, die gesetzlichen Bestimmungen, von denen in den AGB zum Nachteil des Vertragspartners abgewichen wird, wörtlich anzugeben.
6. Eine eigene gesetzliche Inhaltsbeschränkung für AGB.
7. Eine räumliche Begrenzung des Geltungsbereichs.

D. ZWISCHENERGEBNIS

Die kritische Betrachtung der zur Lösung unseres Problems verwandten oder vorgeschlagenen juristischen Mittel hat ergeben, daß es bisher nicht gelungen ist, einen methodisch sauberen und im Ergebnis befriedigenden Weg bei der Bekämpfung unbilliger Klauseln in AGB zu beschreiten oder aufzuzeigen.

Es sind aber in einzelnen Lösungsvorschlägen brauchbare und richtige Gedanken gefunden worden, die hier kurz zusammengefaßt werden sollen, weil sie in der richtigen Lösung mitenthalten sein müssen.

1. Die AGB bestimmen den Inhalt eines Vertrages, dem sie zugrundegelegt wurden. Beschränkt man ihren Geltungsbereich, so wird in die Vertragsfreiheit (Inhaltsfreiheit) eingegriffen. Von ihr ist daher auszugehen, weil es ihre Geltungsgrenzen sind, die bestimmt werden sollen.
2. Die Inhaltsgrenzen sind infolge der rechtsgeschäftlichen Natur der AGB allein nach den Regeln über Rechtsgeschäfte zu bestimmen. Besondere Inhaltsgrenzen für AGB gibt es nicht, da kein Unterschied zwischen einem "Individualvertrag" und einem AGB-Vertrag besteht.
3. Die Formel des RG zu § 138 I BGB ist insoweit verwertbar, als sie das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung objektiv vergleicht.
4. Das dispositive Recht kann für die Lösung des Problems von Bedeutung sein.

E. EIGENE LÖSUNG

I. Ausgangspunkt : Vertragsfreiheit

AGB werden erst mit der Abgabe der durch sie inhaltlich bestimmten Angebotserklärung des Unternehmers rechtlich existent; sie werden rechtlich relevant mit der Annahme dieses Angebots durch den Kunden, also mit Vertragsschluß. Da somit der Geltungsgrund der AGB allein im Vertrag gesehen werden muß (1), kann eine inhaltliche Begrenzung der AGB nur unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Beschränkung des (AGB-) Vertrages geprüft werden. Dabei ist von der Vertragsfreiheit auszugehen, weil sie teilweise (nämlich die Inhaltsfreiheit) eingeschränkt werden soll.

II. Grenzen für den Inhalt von AGB-Verträgen

1. Billigkeit

Es wird die Meinung vertreten, daß der Inhalt eines jeden Vertrages der Billigkeit entsprechen müsse. Soweit diese Behauptung sich auf § 242 BGB stützt, ist nachgewiesen worden, daß diese Vorschrift nur die Modalitäten der Erfüllung einer Verbindlichkeit dem Grundsatz von Treu und Glauben unterwerfen, nicht aber eine Inhaltsbegrenzung für Verträge darstellen kann. Soweit für die Begründung dieser Ansicht § 315 BGB oder der in ihm angeblich enthaltene Schutzgedanke herangezogen wird, ergibt sich ihre Unhaltbarkeit bereits aus der Vorschrift selbst, die nur als Auslegungsregel anzusehen ist und eine von der Billigkeit abweichende Inhaltsbestimmung durchaus zuläßt.

Andere Grundlagen für eine Inhaltsbegrenzung der Verträge durch die Billigkeit finden sich nicht. Gegen eine solche Schranke spricht auch die Einsicht, daß Billigkeitser-

(1) S. o. S. 7 Anm. 7, S. 8 Anm. 1

wägungen nicht geeignet sind, eine objektive Geltungsgrenze zu setzen, weil sie zu sehr im Subjektiven wurzeln und daher in ein und demselben Fall nur allzu leicht unterschiedliche Auffassungen denkbar und wahrscheinlich sind, so daß die Grenzziehung willkürlich erscheinen kann. Eine uferlose Billigkeitsrechtsprechung kann daher auch dem Problem der inhaltlich zulässigen Gestaltung der AGB-Klauseln nicht gerecht werden. Nicht schon jede kleine Ungerechtigkeit und Unbilligkeit darf zur Nichtigkeit eines Vertrages führen (1), sondern nur ernste und schwere Verstöße, die das Gesetz ausdrücklich der Nichtigkeit anheimfallen läßt.

Die Inhaltsbegrenzung der AGB-Verträge kann sich daher nur aus dem Gesetz ergeben.

2. Gesetz

Die gesetzlichen Vorschriften, die zur Inhaltsbegrenzung der Verträge herangezogen werden können, sind die §§ 134 (a) und 138 I (b) BGB.

- a) Soweit es sich darum handelt, Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften festzustellen, bietet die Anwendung des § 134 BGB für unsere Problematik keine besondere Schwierigkeit, weil der Inhalt eines AGB-Vertrages leicht auf die Vereinbarkeit mit dem Gesetz geprüft werden kann. Intensiv sollte aber stets untersucht werden, ob mit Hilfe der AGB eine gesetzliche Norm umgangen werden soll.
- b) Bei der Anwendung des § 138 I BGB ergibt sich die Schwierigkeit, daß die vom RG aufgestellte Formel als unbrauchbar angesehen werden muß. Dennoch darf die Heranziehung des § 138 I BGB nicht aus diesem Grunde unterbleiben.

(1) So auch Mroch aaO. S. 27 m. Anm. 118

III. Nutzbarmachung des § 138 I BGB für unser Problem

Die Vorschrift des § 138 I BGB soll nach h. M. (1) das Rechtsleben von unsittlichen Rechtsgeschäften freihalten und insoweit die Vertragsfreiheit einschränken. Weil ihr Anwendungsbereich somit das gesamte Privatrecht umfassen muß, konnte sie nur als Generalklausel formuliert werden. § 138 I BGB wird infolgedessen nicht nur zur Beurteilung von AGB herangezogen, sondern auch bei Ausbeutungsgeschäften, Adoptionsverträgen, Bierlieferungsverträgen, Bestechungsgeschäften, Kündigungen, Kreditäuschungsverträgen, Knebelungsverträgen, Praxisverkäufen u. a. m. (2).

Es erscheint fraglich, ob die bisherige Definition der "guten Sitten" überzeugend ist und diesen sehr unterschiedlichen Anwendungsfällen gerecht wird (1.). Wenn dies nicht der Fall ist, muß überlegt werden (3), ob es nicht ratsamer ist, die Kriterien der "guten Sitten" für jede dieser Fallgruppen gesondert zu bestimmen (2.).

1. Begriff der "guten Sitten"

a) Herrschende Auffassung

Nach der üblichen Definition verstoßen diejenigen Rechtsgeschäfte gegen die "guten Sitten", die das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" verletzen (4). Die Regeln, die die Privatautonomie gem. § 138 I BGB einschränken, sind somit nach h. M. Regeln der Moral, die tatsächlich im Volksbewußtsein lebendig sind (5).

-
- (1) Vgl. etwa Hefermehl in Soergel-Siebert BGB-Komm., § 138 Rdnr. 1, 2
 - (2) Aufzählungen finden sich bei Coing NJW 47/48, 213 ff; v. Staudinger-Coing § 138 BGB Rdnr. 18, 18 a ff.; Simitis Gute Sitten S. 11; Westermann in Erman § 138 BGB Anm. 11 (alphabetisch).
 - (3) Vgl. dazu Simitis Gute Sitten S. 10 f.
 - (4) Statt vieler RG 48, 124; 80, 221; 150, 5; BGH NJW 55, 1274
 - (5) So v. Staudinger-Coing § 138 BGB Rdnr. 3

Diese "Anstandsformel" (1) ist wiederholt angegriffen worden (2). In jüngster Zeit hat sich Arzt ausführlich mit ihr auseinandergesetzt. Er weist nach (3), daß die Methode der Rechtsprechung zur Ermittlung eines Verstoßes gegen die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden mangelhaft ist, weil die Gerichte einmal die Bedeutung und den Inhalt des Obersatzes "gute Sitten" nie klar aussprechen. Es bleiben die Fragen offen,

- aa) wer zu den billig und gerecht Denkenden zählt;
- bb) in welchem Verhältnis die Ansicht des erkennenden Gerichts zu der Ansicht dieser billig und gerecht Denkenden steht ;
- cc) warum (nur) durchschnittliche Anforderungen gestellt werden ;
- dd) wieweit durch die Verbindlichkeit der Ansicht der billig und gerecht Denkenden die Sittlichkeit, materiale Gerechtigkeit usw. relativiert werden können ;
- ee) ob die verschiedenen Formeln von materieller Gerechtigkeit bis hin zu herrschendem Volksbewußtsein, Durchschnittsmaß an Redlichkeit und Anstand und der Anstandsformel wirklich gleichbedeutend sind.

Zum anderen hält er den Gerichten vor, daß sie die Subsumtion eines Sachverhaltes unter den Obersatz "gute Sitten" nur mangelhaft begründen (4).

(1) Ausdruck von Arzt Diss. S. 1

(2) Zum Folgenden vgl. insbes. Simitis Gute Sitten S. 12 ff.; eine Besprechung dieses Buches durch Lorenz findet sich in AcP 160, 426 ff.

(3) Arzt Diss. S. 26 ff.

(4) Ebenso Simitis Gute Sitten S. 69 m. Anm. 19

Arzt weist ferner nach (1), daß auch die theoretischen Grundlagen der Ansichtsformel nicht überzeugen können. Die bisherigen Begründungen sind unbefriedigend und zwar

- aa) die Begründung aus einer übergesetzlichen Wertordnung, weil der Hinweis auf diese allgemeingültige Wertordnung nicht schon die Begründung für die Richtigkeit der Erkenntnis dieser Ordnung einschließt. Außerdem ist diese Ordnung, selbst wenn sie richtig gesehen sein sollte (2), vielfach wegen ihres grundrißhaften Charakters nicht zur Lösung eines konkreten Konflikts geeignet (Arzt Diss. S. 39).
- bb) die Begründung aus der Natur der Sache, weil die Ansichten über das der Natur der Sache entsprechende Verhalten (noch) auseinandergehen (Arzt Diss. S. 41/42).
- cc) die Begründung aus der liberalistischen Rechtsauffassung, weil bei einer Klärung der Ansichtsformel aus dem freien Spiel der Kräfte keine Korrektur des Eigennutzes zugunsten der Gerechtigkeit möglich ist (Arzt Diss. S. 43).
- dd) die Begründung aus der soziologischen Rechtsauffassung, weil danach die Anstandsformel von der Ansicht der machthabenden Schicht über die Sittenwidrigkeit geprägt wurde, ein rechtliches Sollen aber nicht mit der Übung einer mächtigen Gruppe gleichgesetzt werden darf (Arzt Diss. S. 45/46).

(1) Arzt Diss. S. 29 ff.

(2) Nach Simitis Gute Sitten S. 69 f. läßt sich der "ethische Standard" nicht genau ermitteln. Auch Breithaupt JZ 64, 284 leugnet zurecht ein für alle Bürger der BRD verbindliches Sittengesetz mit ganz konkreten Normen, wie es der BGH (St 6, 46) annimmt, unter Zitiierung von Kaufmann JZ 63, 143, 144; vgl. dazu auch Wein-kauff NJW 60, 1689 ff; Evers JZ 61, 241 ff.; Wieacker JZ 61, 337.

ee) die Begründung aus der demokratischen Grundauffassung, weil der Gedanke der Demokratie keineswegs die Forderung beinhaltet, die Mehrheitsmeinung auf allen Gebieten für verbindlich zu erklären. Die demokratische Mehrheitsentscheidung greift vielmehr nur bei solchen politischen Grundsatzentscheidungen Platz, bei denen ein weitgehendes allgemeines Verständnis der Problematik erwartet werden darf, ohne daß ein klar umreißbarer Kreis von Fachleuten mit gesteigertem Wissen vorhanden wäre (Arzt Diss. S. 71 f) (1).

Nach der Ansicht von Arzt (Diss. S. 99) wird mit dem Hinweis auf die guten Sitten dem Richter eine Wertentscheidung abgefordert. Er habe unter Einsatz seiner persönlichen Erfahrung die streitenden Werte darzulegen und den Konflikt unter Beachtung der Natur der Sache, der in der Rechtsgemeinschaft und in der Rechtsprechung vertretenen Anschauungen und der Praktikabilität der Entscheidung unter besonderer Berücksichtigung der Erfordernisse der beteiligten Kreise zu lösen. In den seltenen Fällen, in denen trotz all dieser objektiven Kriterien ein unüberwindbarer Rest verbleibt, muß er diese Ungewißheit bloßlegen und dann eine existentielle Entscheidung wagen. Um dabei ein Abirren in Willkür zu vermeiden, müsse die Entscheidung soweit als möglich objektiv begründet, die Grenze sichtbar gemacht werden (Diss. S. 98). An dieser Grenze sei der Richter zum Sprung aufgerufen, in dem Willen Neues zu gestalten, in dem Bewußtsein der Bindung für die Zukunft und offen für die Orientierung an den Chiffren der Transzendenz.

Dieses Ergebnis projiziert Arzt (wenn auch nicht direkt) in die Anstandsformel, deren Existenz er im Ergebnis also bejaht (Diss. S. 99 ff.). Seine Auffassung ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert.

- aa) Arzt geht davon aus, bei der Frage nach den "guten Sitten" liege ein "Konflikt" (wider-) "streitender" Werte vor. Werte können zwar existieren, sie können aber nicht streiten oder miteinander Konflikte haben; Werte können nur erkannt und miteinander verglichen werden.
- bb) Ob ein Rechtsgeschäft den guten Sitten entspricht, kann nicht von der Praktikabilität der Entscheidung abhängen, weil dadurch nicht die guten Sitten das Ergebnis, sondern das gewünschte Ergebnis die guten Sitten bestimmen würde.
- cc) Die Berufung auf die Natur der Sache überrascht, weil Arzt sie zunächst als Begründung ablehnt (Diss. S. 41 ff) und für ihre Verwendbarkeit später keine eigenen Gründe anführt (vgl. Diss. S. 78).

Die angeblich verwendbaren objektiven Kriterien erweisen sich somit als unbrauchbar.

- dd) Schließlich ist die ultima ratio, den Richter zum Springen zu veranlassen, nicht als Methode der Rechtsfindung anzuerkennen. Man mag Sprünge als philosophische Erkenntnismöglichkeit akzeptieren (1), das Urteil des Richters muß aber methodisch nachvollziehbar sein (2). Philosophische Sprünge können keine Rechtsprobleme lösen.

-
- (1) Vgl. dazu insbes. Heidegger. Was heißt Denken ? S. 48 ff und Der Satz vom Grund S. 94 ff.
 - (2) Das ist beim Sprung aber nicht möglich, denn nach Heidegger (aaO.) bringt der Sprung "das Denken ohne Brücke, d.h. ohne die Stetigkeit des Fortschreitens, in einen anderen Bereich und in eine andere Weise des Sagens" und "der Sprung selbst hängt in der Luft". Der Jurist ist aber auf methodisches Vorgehen auf dem Boden des Rechts und der Tatsachen angewiesen und beschränkt.

ee) Das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" ist auch so, wie Arzt (Diss. S. 100) es verstanden wissen will, kein brauchbares Mittel, um die Norm des § 138 I BGB auszufüllen. Auch sein Urteil wäre ebenso subjektiv wie die bisher von der Rechtsprechung ergangenen, die größtenteils durch das richterliche Rechtsgefühl bestimmt wurden (1).

Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl können aber, wie Entscheidungen aus dem Dritten Reich zeigen (2), selbst bei höchsten Richtern beeinflußt und pervertiert werden (3). Sie können daher nicht als Entscheidungsgrundlage anerkannt werden.

b) Andere Maßstäbe

Neben der Anstandsformel sind auch andere Kriterien zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit verwandt bzw. vorgeschlagen worden (4). Aber das "soziale Ideal" (v. Hippel), die "gesunden sozialen und wirtschaftlichen Zustände auf dem Boden der bestehenden Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung" (Nipperdey) und auch die "Interessen der Allgemeinheit" oder das "Gemeinwohl" sind begrifflich ebenso wenig klar erfassbar wie die Anstandsformel (5). Auch auf diesem Wege kann daher eine Lösung nicht gefunden werden (6).

-
- (1) Simitis, Gute Sitten S. 69/70; Breithaupt JZ 64, 283 m. w. N. zieht hauptsächlich Strafurteile heran.
 - (2) Dazu Simitis Gute Sitten S. 70/71; abschwächend Arzt Diss. S. 19/20
 - (3) Vgl. die bei Simitis, Gute Sitten S. 71 angegebenen Entscheidungen, m. w. N. in Anm. 37/38. Vgl. auch die zeitgerechte Diss. von Witzmann.
 - (4) Vgl. dazu im Einzelnen Simitis Gute Sitten S. 73 mit Nachweisen weiterer Vorschläge in Anm. 51/52
 - (5) Vgl. auch Witzmann Diss. S. 40, der 1935 einen §134 a für das BGB vorschlug: "Rechtsgeschäfte, die gegen die Belange des deutschen Volkes verstoßen, sind nichtig."
 - (6) Ebenso Simitis Gute Sitten S. 73

Die Anstandsformel ist verfehlt; die Vorschläge, die sie ersetzen wollen, können nicht überzeugen; die Bestimmung darüber, wann ein Rechtsgeschäft gegen die "guten Sitten" verstößt, muß auf gänzlich andere Weise vorgenommen werden. Dabei dürfen nicht das (subjektive) Rechtsempfinden des Richters oder die Moralanschauungen eines Teiles des Volkes, den es in dieser Form gar nicht gibt (alle billig und gerecht Denkenden), ausschlaggebend sein. Die Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Rechtsgeschäftes mit den "guten Sitten" muß vielmehr von nachprüfbaren objektiven Gesichtspunkten getragen werden.

c) Richtige Auffassung

Wenn versucht wird, die "guten Sitten" zu bestimmen, muß man sich die heutige Anwendungsbreite des § 138 I BGB vor Augen führen und die Untauglichkeit der umfassenden Anstandsformel erkennen (1). Dann kann man sich der Einsicht nicht verschließen, daß eine neue Formel für die Sittenwidrigkeit, die wieder das gesamte Anwendungsgebiet des § 138 I BGB erfaßte, ebenfalls nur in einer globalen und daher untauglichen Formulierung bestehen könnte. Da die praktischen Rechtsfälle aber weder durch subjektives Empfinden, noch durch undefinierbare letzte Werte (2) gelöst werden können, müssen objektive Kriterien zur Bestimmung der "guten Sitten" gefunden werden.

Dabei ergibt sich zwangsläufig die Konsequenz, daß diese Kriterien für die jeweiligen Fallgruppen verschiedene sein müssen. Denn ob eine Sicherungsübereignung den guten Sitten entspricht oder ein AGB-Vertrag, muß nach den für beide geltenden objektiven Maßstäben beurteilt wer-

(1) Vgl. Flume DJT-Festschr. Bd. I. 170

(2) Daher ist auch Meyer-Cording JZ 64, 273 ff. (277) nicht zuzustimmen, der eine Rückkehr zum ethischen Standard fordert durch Wiederbesinnung darauf, was die Gebote der Geschäftsmoral letztlich materiell zum Inhalt haben.

Flume DJT-Festschr. Bd. I. 168/169 wendet sich zurecht dagegen, die Schranken für AGB aus "Gemeinschafts-Mystizismen" abzuleiten.

den, die naturgemäß an gänzlich verschiedene Anhaltspunkte anknüpfen, nämlich daran, wann eine Sicherungsübereignung bzw. ein AGB-Vertrag noch mit den "guten Sitten" zu vereinbaren ist.

Daher versucht auch Kraft (1) in seiner Habilitationsschrift den Begriff der "guten Sitten", wie er in § 1 UWG gebraucht ist, nach den für das Recht des unlauteren Wettbewerbs verwendbaren Kriterien zu bestimmen.

2. Neue Formel für AGB-Verträge

a) "Gute Sitten" und Sittlichkeit

Die Anwendbarkeit des § 138 I BGB auf AGB-Verträge hängt also davon ab, wie der Begriff der "guten Sitten" für diese Fallgruppe juristisch zu erfassen und begrifflich zu definieren ist.

Da die AGB-Verträge, wie dargelegt wurde (2), Individualverträge und keine eine Sonderregelung erfordernden "Massenverträge" sind und da sie nur in der Gestalt von gegenseitigen Verträgen (Kauf-, Werklieferungs-, Werkvertrag etc.) abgeschlossen werden, muß der Begriff der "guten Sitten", der für gegenseitige Verträge gilt, ermittelt werden. An ihm sind dann auch die Rechtsgeschäfte, denen AGB zugrundeliegen, zu messen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die "guten Sitten" heute nach Moralgrundsätzen bestimmt werden (3). Aber die Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 138 I BGB auch auf wirtschaftliche Vorgänge innerhalb des Rechtsverkehrs ließ die Berechtigung einer solchen Bewertung schon bald zweifelhaft erscheinen (4). Moralgrundsätze führen hier, wie die Anstandsformel zeigt,

(1) Kraft aaO. S. 101 ff.

(2) S. o. S. 14.

(3) Lehmann AT S. 186

(4) Vgl. Raiser aaO. S. 280 f.; Hurst Diss. S. 81/82

nicht weiter und sollten deshalb nur noch im familiären und sexuellen Bereich (1) als Maßstab herangezogen werden (2). In den übrigen Bereichen muß jeweils ein neuer Begriff der "guten Sitten" erarbeitet werden. Dies wäre leichter durchzuführen, wenn der Verstoß gegen die "guten Sitten" von dem Verstoß gegen die Gebote der Sittlichkeit getrennt würde. Lobe (3) weist zutreffend darauf hin, daß der Gesetzgeber selbst von dieser Unterscheidung ausgeht, wenn er z.B. in den §§ 226, 1568, 1666, 2333, 2335, 2336 BGB den Einfluß des Unsittlichen - nicht des Sittenwidrigen - hervorhebt. Deshalb könne dort, wo das Gesetz von "guten Sitten" spricht, nicht ohne weiteres eine Gleichstellung mit der Sittlichkeit vorgenommen werden. Wenn die Rechtsprechung trotzdem für die Fälle der Unsittlichkeit die Vorschriften der §§ 138 und 826 BGB heranziehe, so sollte sie sich bewußt bleiben, daß dies nur "behelfsmäßig" geschehen könne, weil eine allgemeine Vorschrift über die Einwirkung unsittlichen Verhaltens auf ein Rechtsgeschäft fehle. Diese behelfsmäßige Anwendung dürfe aber niemals dazu führen, den Verstoß gegen die guten Sitten in diesen Vorschriften selbst einem Verstoß gegen die Gebote der Sittlichkeit gleichzustellen und beide zu identifizieren.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Es sind die "guten Sitten" i.S. von "boni mores" von der Sittlichkeit i.S. von moralitas zu unterscheiden (4). Dabei bezeichnet die Sitte ausschließlich das äußere Verhalten, die Sittlichkeit bezieht sich nur auf die innere Gesinnung (5). Der Verstoß gegen die "guten Sitten" enthält daher im Gegensatz zum Verstoß gegen die Sittlichkeit keinen moralischen Vorwurf

(1) Vgl. insbes. §§ 173 ff. StGB

(2) Simitis Gute Sitten S. 197 ; vgl. Witzmann Diss. S. 40

(3) Lobe in Gruchot 72, 156 f. 157

(4) Vgl. Lobe Gruchot 72, 146 ; Simitis Gute Sitten S. 3 m.w.N. in Anm. 1 ; Kraft aaO. S. 103 m.w.N. in Anm. 64, 65

(5) Vgl. Lobe Gruchot 72, 149; ausführlich dazu Kraft aaO. S. 104 ff. insbes. S. 106, wo er die Auffassung von Rudolf von Jhering darstellt.

und ist an anderen Maßstäben als denen der Moral zu messen. Für ihn gelten rechtliche, nicht ethische Maßstäbe. Es muß also streng unterschieden werden zwischen den Begriffspaaren :

(objektiv)	(subjektiv)
gute Sitten	Sittlichkeit
Sittenwidrigkeit	Unsittlichkeit

Wenn daher dem Verstoß eines gegenseitigen Vertrages gegen § 138 I BGB der Makel des Unsittlichen genommen wird, steht seiner Anwendbarkeit auch das Bedenken nicht mehr entgegen, daß der Vorwurf der Unsittlichkeit gegen den Aufsteller unbilliger AGB zu schwer wiege (1). Der Verstoß gegen § 138 I BGB enthält hier nur einen rechtlichen, keinen moralischen Vorwurf.

Zwar werden sowohl Verstöße gegen die "guten Sitten" als auch Verstöße gegen die Sittlichkeit nach § 138 I BGB behandelt, dennoch ist diese Unterscheidung auch in der Rechtsprechung berücksichtigt worden. Das RG hat nach seiner bekannten Formel die "Sittenwidrigkeit" von AGB dadurch festgestellt, daß es zunächst das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung verglich, also das äußere Verhalten objektiv untersuchte, und sodann das Ausnutzen einer Monopolstellung, also die innere Einstellung des Unternehmers, prüfte. Dabei wurde die Unterscheidung von "guter Sitte" und Sittlichkeit zwar erkannt, zwischen beiden aber eine unzulässige Abhängigkeit hergestellt, so daß aus diesem Grunde der Formel die gewünschte Wirksamkeit versagt bleiben mußte.

(1) Vgl. dazu RG 150, 5 ; Raiser aaO. S. 280/281

b) Ansatzpunkt : Formel des RG

Bei der Bestimmung der "guten Sitten" kann daher nur in begrenztem Umfang auf die Formel des RG zurückgegriffen werden. Ihr subjektiver Teil (Ausnutzen einer Monopolstellung) ist als unbegründetes und unqualifizierbares Merkmal für die Sittenwidrigkeit eines Vertragsinhaltes abzulehnen, nur der objektive Teil bietet einen verwendbaren Ansatzpunkt. Aber auch er ist noch zu eng gefaßt.

Die objektive Prüfung des zwischen Leistung und Gegenleistung bestehenden Verhältnisses erfaßt nämlich nicht den gesamten Inhalt eines Rechtsgeschäfts, der sich nicht nur in der Festlegung von Leistung und Gegenleistung erschöpft.

c) Weiterentwicklung

Mit Vertragsschluß wird - insbesondere bei AGB-Verträgen - eine Fülle von Rechten und Pflichten beider Parteien festgelegt, wobei die Bestimmung der Hauptleistungspflichten zwar am wichtigsten für das Zustandekommen des Vertrages ist, nicht aber für die Frage der Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts. Hierfür haben die beiderseitigen Hauptleistungspflichten die geringste, die selbständigen Nebenpflichten aber die größte und entscheidende Bedeutung. Es muß daher nicht nur das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv bewertet werden, sondern die gesamte Rechts- und Pflichtenstellung beider Partner, wie sie sich aus allen Vertragsabreden, also aus dem Rechtsverhältnis im ganzen ergibt. Nur aus dem Verhältnis der Verteilung der beiderseitigen Rechte und Pflichten im einzelnen Vertragsverhältnis kann sich die Sittenwidrigkeit des Vertragsinhalts ergeben. Eine Feststellung der "Sittenwidrigkeit" durch den sich aus der Zusammenfassung von "Inhalt, Zweck und Beweggrund" ergebenden "Gesamtcharakter" des Rechtsgeschäfts ist dagegen verfehlt, weil dabei subjektive Momente berücksichtigt werden (z.B. verwerfliche Gesinnung), die nur bei einem

Verstoß gegen die Sittlichkeit herangezogen werden dürfen (1).

Auch soweit in Entscheidungen (2) auf die Verteilung der beiderseitigen Rechte und Pflichten abgestellt wird, muß danach das Mißverhältnis aber ebenfalls stets "Ausfluß einer verwerflichen Gesinnung des begünstigten Vertragsteiles" sein. Die erforderliche Trennung der "guten Sitten" von der Sittlichkeit zeigt jedoch, daß diese Ansicht nicht zu halten ist. Der Verstoß gegen die "guten Sitten" muß allein nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt werden. Auf die (innere) Gesinnung des Unternehmers kommt es nicht an.

d) Neue Formel

Wenn der Begriff der "guten Sitten" für die Fallgruppe der gegenseitigen (AGB-) Verträge definiert werden soll, muß vom Wortsinn ausgegangen werden. "Gute Sitten" hat und übt derjenige, der untadelig lebt und dessen Handeln in keiner Weise für andere unerträglich ist (3). Auf AGB-Verträge übertragen bedeutet dies, daß der Unternehmer keine für den Kunden unerträglichen Klauseln in seinen AGB verwenden darf.

Wann AGB-Verträge gegen die "guten Sitten" verstoßen, kann nun in Anknüpfung an die weiterentwickelte Formel des RG so formuliert werden :

Ein Rechtsgeschäft verstößt dann gegen die guten Sitten und ist gem. § 138 I BGB nichtig, wenn die sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten der einen Vertragspartei aufgrund einer,

-
- (1) Vgl. dazu aber RG 75, 74 ; 150, 1 ; Hefermehl in Soergel-Siebert § 138 BGB Rdnr. 3; Hurst Diss. S. 14
 - (2) LG Düsseldorf NJW 56, 304; LG Lübeck BB 57, 839; LG Tübingen NJW 64, 1799/1800; RG nach Hurst Diss. S. 14
 - (3) Vgl. dazu die Formulierung von Ulpian in D I 1 10 1 "Juris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, ...".

mehrerer oder der Gesamtwirkung aller AGB-Klauseln mit den Rechten und Pflichten der anderen Vertragspartei in einem so groben Mißverhältnis stehen, daß diese Verteilung der Rechte und Pflichten für die beschwerte (benachteiligte) Partei unerträglich ist.

Zwar ist auch die so formulierte Definition der "guten Sitten" eine ausfüllungsbedürftige Generalklausel, weil das Merkmal der "Unerträglichkeit" näher bestimmt werden muß. Dennoch ist diese Formel der globalen Anstandsformel vorzuziehen, weil hier korrekt zwischen "guten Sitten" und Sittlichkeit unterschieden wird und die "guten Sitten" (mit Hilfe der Bestimmung der Unerträglichkeit der Pflichtenstellung) nach den objektiven Kriterien gegenseitiger Verträge beurteilt und somit auch nachgeprüft werden können.

e) Maßstäbe

Wenn der wertende Vergleich zwischen der Rechte- und Pflichtenstellung der einen Vertragspartei mit derjenigen der anderen Partei (vom Richter) vorgenommen wird, ist zu berücksichtigen, daß die "Unerträglichkeit" einer solchen Regelung erheblich über eine bloße "Unbilligkeit" hinausgeht und daß dem Unternehmer ein gehöriger Spielraum verbleibt. Nur ein grobes Mißverhältnis erlaubt die Anwendung des § 138 I BGB. Während somit der Unternehmer seinen wirtschaftlichen Vorteil durch rechtliche Vorteile bis zur erkannten Grenze erstreben darf, kann umgekehrt auch der Kunde ebensoweit die Möglichkeit nutzen, rechtliche Nachteile (auf deren Nicht-Relevanz er zumeist hofft) in Kauf zu nehmen, um seinerseits wirtschaftliche Vorteile zu erlangen (1).

(1) Vgl. dazu Malzer BB 58, 141 (3 d)

So kann z.B. ein besonders niedriger Preis (1) mit dem Verzicht auf die Gewährleistungsansprüche "erkauft" werden oder die Möglichkeit für den Kunden, den Schaden versicherungsmäßig abzudecken (2), dem Unternehmer den fast völligen Ausschluß der Haftung und dadurch die Erhebung eines besonders geringen Entgelts gestatten. Entscheidend ist dabei allein die Auswirkung auf die gesamte Rechts- und Pflichtenstellung einer jeden Partei.

Bei dieser Bewertung der Rechtspositionen der beiden Parteien kann das dispositive Recht nur insofern herangezogen werden, als es eine gerechte Verteilung der Rechte und Pflichten dokumentiert. Dabei darf aber nicht die vertragliche Verteilung mit der im Gesetz vorgenommenen verglichen werden (was oft infolge fehlender entsprechender Dispositivnormen gar nicht möglich wäre); daher liegt die Unerträglichkeit z.B. nicht schon deshalb vor, weil der AGB-Vertrag eine faktische Umkehrung der vom Gesetzgeber als richtig empfundenen Verteilung der Rechte und Pflichten enthält (3) oder auch nur ein grobes Mißverhältnis zur gesetzlichen Regelung vorliegt. Verglichen werden vielmehr nur die Rechte und Pflichten der einen Partei mit den Rechten und Pflichten der anderen Partei, wie sie sich aus dem AGB-Vertrag ergeben.

Nur so kann nach objektiven Gesichtspunkten ein Verstoß gegen die "guten Sitten" festgestellt werden.

-
- (1) Kritisch : Mroch aaO S. 67/68 ; dafür : v. Brunn NJW 51, 103, ders. aaO. S. 34 ff, 119 ff., ders. AcP 159.550/1; wohl auch Droste Betrieb 57 Beilage 10 (IX) und Isele JuS 61, 309 ; dagegen : BGH 22, 98; 33, 219; Schneider NJW 54, 133 ; Raiser aaO. S. 289 f.; Pagenstecher aaO. S. 14 ; Lukes Festschr. f. Hueck S. 461/462 m.w.N.; ders. JuS 61, 306 (III) ; Fischer BB 57, 485 m.w.N.; vgl. auch Balzerstedt JZ 56, 270
 - (2) Vgl. dazu insbes. BGH 33, 216 ff. (220); Larenz I, 97; Malzer BB 58, 142 ; dagegen Lukes Festschr. f. Hueck S. 462
 - (3) Vgl. dazu aber Mroch aaO. S. 27

f) Ermittlung des Verstoßes gegen § 138 I BGB

Die Prüfung der Vereinbarkeit eines AGB-Vertrages mit den "guten Sitten" bedarf noch einer näheren Erläuterung.

aa) Prüfung abstrakt oder konkret

In Rechtsprechung (1) und Lehre (2) wird die Frage, wann der Inhalt von AGB nichtig ist, so geprüft, "daß es auf die Besonderheiten des in Betracht kommenden Warenkaufs sowie auf die Interessen der an einem solchen Kauf üblicherweise beteiligten Verkäufer- schicht und Käuferschicht, nicht aber auf die indi- viduellen Belange der in dem Einzelfall an dem kon- kreten Vertrag gerade beteiligten Vertragspartner ankommt" (3). Diese Auffassung stützt sich auf die "Gesetzesgleichheit" der AGB, also ihre "Normqua- lität" (4), und ist daher abzulehnen (5).

Aus der Erkenntnis, daß der Geltungsgrund der AGB allein im Vertragschluß liegt, ergibt sich, daß die Prüfung, ob der Inhalt des AGB-Vertrages - also die AGB - gegen die "guten Sitten" verstoßen, nur an Hand des konkreten Vertragsverhältnisses erfolgen kann. Es ist die Auswirkung der Verteilung der Rech- te und Pflichten, wie sie in den AGB vorgenommen und somit in den Vertrag übernommen worden ist, auf das konkrete Rechtsverhältnis zu untersuchen.

-
- (1) RGZ 170, 233 ff. (241); BGH 22, 98 dazu Fischer L. M. Nr. 1 AGB; BGH 33, 219, 371/372; LG Tübingen NJW 64, 1799/1800; vgl. dazu Hurst Diss. S. 26 ff.
- (2) Lukes Festschr. f. Hueck S. 475/476 ders. JuS 61, 306 (III); v. Caemmerer JZ 53, 99; Nörr Diss. S. 106, 116/117 verbindet beides, die abstrakte geht der konkreten Prüfung voraus; vgl. auch Fischer BB 57, 487
- (3) So BGH 22, 98
- (4) Vgl. Hurst Diss. S. 27 f.
- (5) Ebenfalls ablehnend Brandner AcP 162, 262

Der einzelne Vertrag ist Gegenstand der Rechtskontrolle, nicht die AGB als selbständige rechtliche Erscheinung (1).

bb) Eine, mehrere, alle Klauseln

Ein grobes Mißverhältnis der beiderseitigen Rechte und Pflichten kann sich bei einem AGB-Vertrag zunächst daraus ergeben, daß in einer Klausel eine unerträgliche Pflichtenstellung des Kunden enthalten ist. Sie kann aber auch erst aus mehreren Klauseln, die, für sich betrachtet, nur eine Belastung darstellen, entstehen. Schließlich kann auch erst das Zusammenwirken aller Klauseln zu einer unerträglichen Pflichtenstellung des Kunden führen (2).

Daher darf die Prüfung des AGB-Vertrages nicht nur in einer isolierten Betrachtung der einzelnen Klauseln bestehen, sondern muß auch die Rechte- und Pflichtenverteilung umfassen, wie sie sich aus der Gesamtheit aller Klauseln ergibt.

g) Beispiel

Die praktische Verwendbarkeit der erarbeiteten Formel für § 138 I BGB soll an einem Beispiel nachgewiesen werden. Mit Urteil vom 17. 2. 1964 hat der II. Zivilsenat des BGH (3) über die Beweislastverteilung in einem AGB-Vertrag wie folgt entschieden :

*Die Bestimmung in § 1 Abs. 1 der Allgemeinen Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports (4),

-
- (1) Vgl. Hurst Diss. S. 28 ; Brandner AcP 162/237 ff. (258/259); a. A. v. Brunn aaO. S. 102/103, 106/107
- (2) Hurst Diss. S. 31 ff., 137; Pagenstecher aaO. S. 107 ff.
- (3) Betrieb 64, 544 f.
- (4) § 1 Abs. 1 der Allgemeinen Lagerbedingungen des Deutschen Möbeltransports hat folgenden Wortlaut : "Der Lagerhalter hat seine Verpflichtungen mit der verkehrsüblichen Sorgfalt eines ordent-

durch die dem Einlagerer die Beweislast dafür aufgebürdet wird, daß eine Beschädigung des in der Obhut des Lagerhalters stehenden Gutes vom Lagerhalter oder seinen Beauftragten verschuldet ist, ist mit Treu und Glauben im Geschäftsverkehr unvereinbar und daher nichtig.“ (Leitsatz).

Zur Begründung seiner auf § 242 BGB gestützten Entscheidung führt der BGH zunächst aus, wenn der Einlagerer bewiesen habe, daß er das Gut in unbeschädigtem Zustand dem Lagerhalter übergeben habe und das Gut sich in beschädigtem Zustand beim Lagerhalter befindet, dann sei bewiesen, daß das Gut während der Lagerzeit beschädigt worden sei. Die Lagerbedingungen wichen von der gesetzlichen Regelung der §§ 390 I, 417 I HGB und der Regelung des § 51 a ADSP insofern ab, als der Einlagerer ein Verschulden des Lagerhalters an der Beschädigung nachweisen und damit auch den Sachverhalt aufklären müsse, der zu der Beschädigung geführt habe. Nach der gesetzlichen Regelung müsse sich dagegen der Lagerhalter entlasten. Diese gesetzliche Regelung sei ein Anwendungsfall des Rechtsgrundsatzes, daß bei Vertragsverletzungen (hier handele es sich um eine positive Forderungsverletzung des Lagerhalters) der Schuldner seine Schuldlosigkeit zu beweisen habe. Als Beispiel für diesen Grundsatz führt der BGH die Regelungen in den §§ 282, 285 BGB und in §§ 390 I, 417 I HGB an.

Soweit, so gut. Der BGH stellt aber dann fest, daß diese Vorschriften dispositiver Natur sind und ein Abgehen von ihnen in AGB "die zu einer Rechtsanwendung ähnlich der bei Gesetzen führen sollen" (!), mit Treu und Glauben vereinbar sein müsse. Er geht dabei vom Unterschied zwischen Individualvertrag und AGB-Vertrag aus. Diese Gedankengänge sind (oben S.14ff) als unrichtig abgelehnt worden.

lichen Lagerhalters auszuführen. Er haftet, wenn ihn oder seine Beauftragten ein Verschulden trifft, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen.“

Bei Zugrundelegung der neuen Formel für § 138 I BGB hätte der BGH - z.T. sogar unter Verwendung seiner eigenen Formulierungen - zu einem methodisch und dogmatisch überzeugenden Urteil gelangen können. Es mußte nicht die erlaubte Abweichung vom dispositiven Recht untersucht werden, sondern das Ausmaß der Belastung, die den Einlagerer bei dieser Pflichtenverteilung trifft.

In § 1 I der Allgemeinen Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports wird dem Einlagerer die Beweislast für Umstände aufgebürdet, die ausschließlich im Verantwortungsbereich des Lagerhalters liegen. Es wird ihm also die Beweislast für Umstände angelastet, die sich seiner Einflußsphäre völlig entziehen. Eine Aufklärung der zur Beschädigung seiner Sache führenden Vorgänge im Betrieb des Lagerhalters wird dem Einlagerer also kaum jemals möglich sein. "Bei der nicht selten prozeßentscheidenden Bedeutung, die einem non liquet zukommt, würde der geschädigte Einlagerer oft praktisch rechtlos werden, wenn er, nachdem er die Einlieferung des unbeschädigten Gutes bewiesen hat, weiter die Umstände beweisen müßte, auf die die Beschädigung des sich in Verwahrung befindlichen Gutes zurückzuführen ist (eine solche Aufklärung ist Voraussetzung für die Möglichkeit des Nachweises des Verschuldens) und außerdem noch beweisen müßte, daß hier ein Verschulden des Lagerhalters obwaltet hat" (1).

Der Einlagerer ist hier also mit einer Pflicht belastet worden, deren Erfüllung ihm nur unter allergrößten Schwierigkeiten (wenn überhaupt) möglich ist, die aber vom Lagerhalter, der insoweit keinerlei Pflichten hat, leicht erfüllt werden könnte. Es stehen sich also eine nahezu unerfüllbare Pflicht des Einlagerers, die ihn in der Regel rechtlos stellen wird, und eine völlige Pflichtenbefreiung des Lagerhalters gegenüber. Eine solche Pflichtenverteilung ist aber für den Einlagerer unerträglich; sie verstößt, da zwischen seiner Pflicht und der Freistellung des Lagerhalters ein grobes Mißverhältnis

(1) BGH Betrieb 64, 545

besteht, gegen die "guten Sitten". § 1 Abs. 1 der Allgemeinen Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports ist daher gem. § 138 I BGB nichtig.

IV. Folgerungen

Aus der rechtsgeschäftlichen Natur der AGB und der Anwendbarkeit des § 138 I BGB bei der Inhaltskontrolle ergeben sich einige Folgerungen, die an sich selbstverständlich sind, aber kurz dargestellt werden müssen, weil sie von der h.M., die von anderen Voraussetzungen ausgeht, nicht gezogen werden.

1. Auslegung von AGB

Der BGH (1) hat im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des RG (2) die Auffassung vertreten, daß für die Auslegung der AGB nicht der Wille und die Absichten der Parteien des Einzelgeschäfts zu erforschen sind, daß ihr Inhalt vielmehr unabhängig von den Umständen des Streitfalles ausgelegt werden müsse. Dabei sei von dem Willen verständiger und redlicher (gedachter!) Vertragspartner auszugehen (3).

Diese auch im Schrifttum herrschende Meinung (4) geht von

-
- (1) BGH 1, 85; 2, 183; 5, 115 ; 7, 368/369 ; 17, 3 ; 22, 112/113; 33, 218
 - (2) RG 81, 118/119; 145, 26; 149, 100; 155, 28; 170, 240 f.; 171, 46;
 - (3) Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Auffassung findet sich bei Brandner AcP 162, 237 ff.
 - (4) Flume NJW 50, 846; ders. DJT-Festschr. I, Fischer BB 57, 483; ders. zitiert in BB 63, 481 ; Raiser aaO. S. 252 ff., 264 ff.; v. Staudinger-Coing Anm. 23, 43 zu § 133 BGB, Helm AcP 161, 522 m.w.N. in Anm. 16; Meeske BB 59, 860 m.w.N. in Anm. 53, 54; v. Nottbeck Diss. S. 24 ff. Droste Betrieb 57 Beilage 10 (VII) m.w.N. in Anm. 47 ff.; vgl. Larenz I, 95/6; Isele JuS 61, 310; Wienecke Diss. S. 28 ff. Enn.-Nipp. AT II, 1260 m.w.N. in Anm. 21

der falschen Vorstellung aus, AGB seien als "Normen" abstrakt und "gesetzesgleich" auszulegen.

Aus dem rechtsgeschäftlichen Charakter der AGB folgt dagegen, daß nur der einzelne konkrete AGB-Vertrag ausgelegt werden kann (1). Hierfür gelten die Regeln der §§ 133, 157 BGB.

2. Teilnichtigkeit (§ 139 BGB)

Wenn eine oder mehrere Klauseln in einem AGB-Vertrag gem. § 138 I BGB nichtig sind, muß geprüft werden, ob deshalb das gesamte Rechtsgeschäft nichtig ist (2). Die einzelne Klausel kann als Teil eines Rechtsgeschäfts i. S. des § 139 BGB (3) angesehen werden, weil "das nach dem Parteiwillen als Einheit gedachte Rechtsgeschäft dergestalt teilbar ist, daß nach Abtrennung eines von einem Nichtigkeitsgrunde betroffenen Teiles immer noch ein Rest zurückbleibt, der für sich allein als ein selbständiges Rechtsgeschäft bestehen könnte" (4). Bei mehreren nichtigen Klauseln kann dies zweifelhaft sein ; bei der Nichtigkeit aller Klauseln tritt das Problem nicht mehr auf (5).

Ist nun eine Klausel nichtig, so ist gem. § 139 BGB der ganze AGB-Vertrag nichtig (6), wenn nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. In der Rechtsprechung wird aber nicht geprüft, ob die Parteien das Rechtsgeschäft auch im Falle einer Teilnichtigkeit vorgenommen hätten, vielmehr wird

-
- (1) So auch Brandner AcP 162, 237 ff. (264)
 - (2) Vgl. dazu Lappe Diss. S. 38 ff., 57
 - (3) Zum rechtlichen Charakter des § 139 BGB s. die Ausführungen bei Lappe Diss. S. 68 ff.
 - (4) So RG 146, 236 ; v. Staudinger-Coing § 139 BGB Rdnr. 2 ff. (5)
 - (5) Vgl. Lappe Diss. S. 38
 - (6) So die ältere Lehre und Rspr. nach Meeske BB 59, 860 unter Zitiertung von v. Brunn aaO. S. 114 ff. in Anm. 58; ebenso auch Lukes Festschr. f. Hueck S. 483 ff. 489/490

mit dem Satz gearbeitet, "daß im allgemeinen (!) die Nichtigkeit nicht die Annahme rechtfertigt, daß damit nach § 139 BGB der ganze Vertrag nichtig ist" (1).

Eine Begründung hierfür findet sich nicht (2). Der Satz dient allein der Aufrechterhaltung des Vertrages (3) um jeden Preis. Die Anwendung des § 139 BGB wird umgangen. An die Stelle der nichtigen Klausel soll die gesetzliche Regelung treten (4). Auch für diese Rechtsfolge wird keine Begründung gegeben. Dies wäre aber um so notwendiger gewesen, als nicht für jede Klausel eine entsprechende Vorschrift im dispositiven Recht zu finden ist.

Das Bemühen, den Vertrag möglichst aufrecht zu erhalten, darf aber nur im Rahmen des § 139 BGB erfolgen (5). Dabei ist zu berücksichtigen, daß der AGB-Vertrag ein Individualvertrag wie jeder andere Vertrag ist und bei seiner Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu verfahren ist. Ob die Nichtigkeit einer AGB-Klausel die Nichtigkeit des gesamten AGB-Vertrages zur Folge hat, richtet sich daher nach dem Willen (6) der an dem einzelnen AGB-Vertrag beteiligten Partner. Die gesetzliche Vermutung spricht nach § 139 BGB für die gewollte völlige Nichtigkeit. Die Partei, die die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes behauptet, muß dartun, daß der AGB-Vertrag auch ohne die nichtige(n) Klausel(n) vorgenommen worden wäre. Dabei wird sie sich oft auf die in vielen AGB-Verträgen enthaltenen Formeln berufen können :

-
- (1) So BGH 22, 92/93 m.w.N.
 - (2) Mroch aaO. S. 50 m.w.N. in Anm. 194 ff
 - (3) Dazu vgl. Lappe Diss. S. 60 ff.
 - (4) Vgl. etwa BGH 41, 156 ; BGH NJW 65, 247 ; Meeske BB 59, 860 ; Flume DJT-Festschr. Bd. I, 170 ; Nörr Diss. S. 118
 - (5) A.A. Meeske BB 59, 860 ; Fischer BB 57, 484 ; Mroch aaO.S. 49 ff, der auch dieses Problem mit einem Vorschlag de lege ferenda lösen will.
 - (6) V. Staudinger-Coing § 139 BGB Rdnr. 13 ; unrichtig ist es, im Rahmen des § 139 BGB "die Belange der Beteiligten" gegeneinander abzuwägen, wie dies v. Brunn aaO. S. 118 tun will.

" 139 BGB findet keine Anwendung" oder

" Bei teilweiser Nichtigkeit bleibt der Vertrag im übrigen bestehen" oder

" Ist eine Klausel oder ein Teil einer Klausel nichtig, so wird die Gültigkeit des Vertrages hiervon nicht berührt. "

Der Wille (1) des Unternehmers kann in zwei Richtungen gehen. Einmal kann er auf die Durchführung des Geschäftes, das nicht vollständig nach den von ihm aufgestellten Bedingungen abgewickelt werden kann, verzichten wollen und versuchen, mit einem anderen Kunden zu kontrahieren, der diese AGB hinnimmt, ohne ihre teilweise Nichtigkeit zu erkennen oder zu bemängeln.

Zum anderen kann sich der Unternehmer aber auch überlegen, daß er im Falle der Beibehaltung seiner "nichtigen" Klausel immer wieder vor Gericht den Kürzeren ziehen wird. Deshalb wird ein verständiger Unternehmer einen Vertrag auch im Falle der Nichtigkeit einer Klausel im übrigen aufrechterhalten wollen und in zukünftigen Verträgen auf diese Klausel verzichten.

Der Kunde wird in aller Regel den Vertrag ohne die nichtige Klausel aufrechterhalten wollen, weil nur diese Bestimmung der Abwicklung im Wege stand. Sittenwidrige Klauseln in AGB-Verträgen können daher dadurch eliminiert werden, daß möglichst jeder einzelne Kunde sie durch Gerichtsentscheid über den mit ihm abgeschlossenen AGB-Vertrag als sittenwidrig feststellen läßt und der Unternehmer sooft verurteilt wird (i. d. Regel wird er mit seiner Klage auf Erfüllung des Kaufgeldanspruchs abgewiesen werden), bis er es für besser erkennt, auf die sittenwidrige Klausel in Zukunft zu verzichten und den Vertrag im übrigen aufrechtzuerhalten.

(1) Zum Willen der Parteien s. a. Lappe Diss. S. 73 ff.;
Enn.-Nipperdey AT II, 1220 (b)

3. Revisibilität

Gem. §§ 549, 550 ZPO kann die Revision nur darauf gestützt werden, daß Rechtsvorschriften verletzt worden sind, weil eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewandt worden ist. Die richterliche Vertragsauslegung ist daher nur insoweit revisibel, als eine solche Verletzung der gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) in Betracht kommt.

Bei der Auslegung der AGB macht die Rechtsprechung (1) aber eine Ausnahme. Hier soll wegen der "Normqualität" dieser "typischen Regeln" (2), die eine "gesetzesgleiche" Auslegung erfordere, im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtseinheit die richterliche Auslegung auch in der Revisionsinstanz in vollem Umfang nachprüfbar sein, wenn die AGB über den Bereich eines OLG Verwendung gefunden haben (3). Das bedeutet, daß die Revision nicht die Verletzung der gesetzlichen Auslegungsregeln zu rügen hat, sondern die Verletzung der Vorschriften der AGB selbst (4).

Eine gesetzesgleiche Auslegung ist aber wie dargelegt abzulehnen. Da die AGB nur als Rechtsgeschäfte relevant werden und nur im Rahmen eines konkreten Einzelvertrags ausgelegt werden können, ist der Gesichtspunkt der Wahrung der Rechtssicherheit und Rechtseinheit nicht verwendbar. Für die Auslegung der AGB-Verträge gilt vielmehr, daß sie nur bei den aufgeführten Gesetzesverletzungen revisibel ist.

Für unsere Problematik ergibt sich noch folgendes. Nach richtiger Ansicht des RG (5) ist die Frage, ob eine bestimmte Hand-

-
- (1) RG 81, 117 ; 149, 100 ; 155, 28, 135 ; BGH 7, 368
 - (2) Isele JuS 61, 310/311 demonstriert beispielhaft, wie mit Hilfe des "Regel"- "Begriffes" das gewünschte Ergebnis erzielt werden kann.
 - (3) H. M. Raiser aaO. S. 271 ff., 275 ; Meeske BB 59, 860; Enn.-Nipperdey AT II, 1260
 - (4) V. Nottbeck Diss. S. 27/28 m.w.N.
 - (5) RG 48, 114 (129)

lung einen Verstoß gegen die "guten Sitten" enthält, eine Rechtsfrage. Das bedeutet, daß eine tatsächliche Feststellung der Merkmale, in denen die Sittenwidrigkeit gesehen wird, vom Vorderrichter verbindlich getroffen wird (1). Ob diese Tatsachen aber den Vorwurf der Sittenwidrigkeit erlauben, entscheidet das Revisionsgericht frei.

(1) S. dazu Arzt Diss. S. 12

F. SCHLUSSBEMERKUNG

Es kann nicht geleugnet werden, daß der hier vorgenommene Versuch, die Inhaltsgrenzen der AGB auf der Grundlage des geltenden Rechts zu bestimmen, dem Unternehmer einen großen Spielraum gewährt. Der Verstoß gegen die "guten Sitten" ist erst bei einem groben Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Rechten und Pflichten der Vertragsparteien gegeben. Die Gefahr, daß der Unternehmer seine rechtlichen Möglichkeiten bis zu dieser äußersten Grenze ausnutzt, kann nur durch den Kunden gebannt werden, der erhebliche Belastungen, die die AGB vorsehen, zurückweist und auf eine gerechtere Verteilung dringt.

Dies kann nur vom selbstbewußten, mündigen Bürger erwartet werden, von dessen Existenz das BGB auch ausgeht. Massengesellschaft und Vermassung in allen Bereichen bringen zwar eine Flucht aus der Verantwortung mit sich, dürfen aber nicht zur Flucht aus der Verantwortung des Einzelnen für sich selbst führen.

Es sollte weniger Aufgabe des Richters sein, unerträgliche AGB-Klauseln zu bekämpfen, als vielmehr Aufgabe des Kunden, sich angemessene Bedingungen zu erkämpfen.

Lebenslauf

Am 7.11. 1940 wurde ich als Sohn des akademisch geprüften Dolmetschers und Übersetzers Hanns-Heinrich Weber und seiner Ehefrau Erni Elisabeth geb. Rumpf in Kassel geboren. Mein Vater wurde 1942 bei den Kämpfen um Stalingrad vermißt.

An der Goethe-Schule in Kassel legte ich am 5.3.1960 das Abitur ab. Vom SS 1960 anstudierte ich in Marburg und München Rechts- und Staatswissenschaften. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 15.12.1964 in Marburg ab. Mit Wirkung vom selben Tag wurde ich als wissenschaftliche Hilfskraft an der jur. Fakultät der Philipps-Universität angestellt. Seit dem 2.5.1966 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.
